

**CORTE COSTITUZIONALE**

SERVIZIO STUDI

**I PRINCIPI DEL DIRITTO E DEL PROCESSO PENALE  
NELLA GIURISPRUDENZA  
DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

*Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale  
delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*

Madrid 13 - 15 ottobre 2011

\*\*\*

*a cura di B. Randazzo*

ottobre 2011



**I PRINCIPI DEL DIRITTO E DEL PROCESSO PENALE  
NELLA GIURISPRUDENZA  
DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

*Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale  
delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*



## INDICE - SOMMARIO

<b>PREMESSA</b> .....	7
<b>IL QUADRO DELLE DISPOSIZIONI PERTINENTI DELLA CONVENZIONE E DEI PROTOCOLLI</b> .....	9
<b>INTRODUZIONE</b> .....	15
<b>L'AUTONOMIA DELLA NOZIONE CONVENZIONALE DI "MATERIA PENALE"</b> .....	15
1. La nozione autonoma di accusa penale (art. 6 CEDU) .....	15
2. L'estensione della definizione di materia penale ai sensi dell'art. 6 CEDU anche ai fini della interpretazione di altre disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli.....	19

### PARTE I

#### I PRINCIPI DEL DIRITTO PENALE SOSTANZIALE

1. Obblighi di tutela penale e margine di apprezzamento degli Stati.....	23
2. Nulla poena sine lege (art. 7 CEDU) .....	24
2.1. Il principio di legalità.....	25
2.2. <i>Il principio di determinatezza della fattispecie penale</i> .....	25
2.3. <i>Il principio di irretroattività e il principio della retroattività della norma penale più favorevole</i> .....	26
2.4. <i>Il principio di proporzionalità della sanzione penale</i> .....	28
3. Responsabilità penale del minore e art. 3 CEDU.....	32

### PARTE II

#### I PRINCIPI DEL DIRITTO PENALE PROCESSUALE

##### SEZIONE I

<b>IL DIRITTO AD UN PROCESSO EQUO (ART. 6 CEDU)</b> .....	37
<b>PREMESSA</b> .....	38
1. Il diritto di accesso al giudice .....	40
2. La precostituzione per legge del giudice.....	41
3. Il diritto ad un giudice (penale) imparziale e indipendente.....	43
4. Il principio della ragionevole durata del processo penale.....	45
5. Il principio di pubblicità delle udienze: sue limitazioni.....	46
6. Il principio della presunzione di innocenza e il diritto al silenzio .....	49

7. Il diritto di difesa .....	51
7.1. <i>Il diritto ad essere informato dell'accusa (e il diritto all'interprete)</i> .....	51
7.2. <i>Il diritto di disporre del tempo e delle facilitazioni per preparare la difesa e il diritto di difendersi personalmente o attraverso un legale</i> .....	53
7.3. <i>Il diritto di partecipare personalmente al processo</i> .....	54
7.4. <i>Il principio del contraddittorio e della parità delle armi</i> .....	55
7.5. <i>Diritto di difesa e limiti all'utilizzabilità di prove assunte in violazione di diritti garantiti dalla Convenzione</i> .....	56
8. Le garanzie del minore nel procedimento penale .....	58

## SEZIONE II

<b>IL DIRITTO ALLA LIBERTÀ E ALLA SICUREZZA .....</b>	<b>61</b>
---	-----------

<b>PREMESSA .....</b>	<b>63</b>
-----------------------	-----------

1. Definizione della detenzione e delle altre misure restrittive della libertà in rapporto a misure incidenti su altri diritti .....	63
2. Principi di legalità e di proporzionalità in tema di detenzione .....	64
3. Detenzione in esecuzione di condanna: art. 5 § 1 (a) .....	65
4. Limiti della detenzione preventiva: art. 5 § 1 (c) .....	65
5. Il diritto ad essere informato sui motivi del'arresto: art. 5 § 2 .....	67
6. Il diritto dell'arrestato di essere portato davanti ad un giudice: art. 5 § 3 .....	67
7. Il diritto al ricorso contro le misure di arresto: art. 5 § 4.....	70

## SEZIONE III

<b>LE GARANZIE DEL PROTOCOLLO N. 7 .....</b>	<b>71</b>
--	-----------

1. Il diritto ad un doppio grado di giudizio: art. 2 Prot. 7 .....	71
2. Il diritto al risarcimento in caso di errore giudiziario: art. 3 Prot. 7 .....	72
3. Il <i>ne bis in idem</i> : art. 4 Prot. 7 .....	74

## PREMESSA

Il presente studio sui *principi* del diritto e del processo penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha lo scopo di tratteggiare le *linee essenziali* degli orientamenti del giudice di Strasburgo in materia, senza alcuna pretesa di esaustività.

La concretezza che connota il giudizio dinanzi alla Corte europea, l'elaborazione di un linguaggio proprio della Convenzione che sfugge al rigore delle categorie concettuali dei singoli sistemi nazionali, la flessibilità con la quale sono applicate le disposizioni convenzionali rendono particolarmente complessa la ricostruzione degli orientamenti europei attraverso il solo riferimento ai principi. Questi ultimi, disancorati dal caso concreto, non sempre offrono sicure chiavi di lettura di una giurisprudenza europea tenuta a fare i conti con ordinamenti penali anche molto diversi tra loro, e ad uniformare i livelli di tutela dei diritti garantiti dalla Convenzione.

L'approccio più consono alla tipologia di un siffatto giudizio parrebbe quello casistico, il solo in grado di rilevare l'incidenza delle specificità del singolo caso concreto sulle conclusioni della Corte, nel senso della violazione o della non violazione del diritto: ma, evidentemente, si tratta di un metodo più adatto a ricerche su argomenti circoscritti che ad una ricerca sui principi..

I recenti sviluppi concernenti gli effetti delle sentenze dichiarative di violazione che accertano una situazione di violazione strutturale hanno contribuito ad accentuare la natura obiettiva del giudizio dinanzi al giudice europeo e suggeriscono una valorizzazione dei *principi generali* posti come premessa agli argomenti spesi nella parte dedicata alla applicazione degli stessi al caso di specie.

Nella giurisprudenza europea la portata dei principi viene richiamata in modo quasi meccanico nella parte in diritto della motivazione, non di rado si ha l'impressione di ripetitive operazioni di "taglia e cuci", piuttosto che di una accurata selezione di precedenti.

Ai fini del presente studio, della magmatica giurisprudenza europea, si è scelto di richiamare le pronunce nelle quali la Corte ha esaminato *funditus* la portata di una disposizione convenzionale o di una particolare garanzia (*leading cases*), le sentenze della Grande Camera, nonché le sentenze rese nei confronti dell'Italia, nei casi in cui hanno offerto significative occasioni di chiarimento della portata dei diritti e delle libertà garantite dalla Convenzione.



## **IL QUADRO DELLE DISPOSIZIONI PERTINENTI DELLA CONVENZIONE E DEI PROTOCOLLI**

### **Art. 2 CEDU – Diritto alla vita**

1. Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena.

2. La morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario:

- a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale;
- b) per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta;
- c) per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione.

### **Art. 3 CEDU – Proibizione della tortura**

1 Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti

### **Art. 5 CEDU - Diritto alla libertà e alla sicurezza**

1. Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge:

- a) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente;
- b) se si trova in regolare stato di detenzione per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge;
- c) se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso;
- d) se si tratta della detenzione regolare di un minore decisa allo scopo di sorvegliare la sua educazione oppure della sua detenzione regolare al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente;

e) se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo;

f) se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione.

2. Ogni persona arrestata deve essere informata, al più presto e in una lingua a lei comprensibile, dei motivi dell'arresto e di ogni accusa formulata a suo carico.

3. Ogni persona arrestata o detenuta, conformemente alle condizioni previste dal paragrafo 1.c del presente articolo, deve essere tradotta al più presto dinanzi ad un giudice o ad un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere messa in libertà durante la procedura. La scarcerazione può essere subordinata a garanzie che assicurino la comparizione dell'interessato all'udienza.

4. Ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso ad un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima.

5. Ogni persona vittima di arresto o di detenzione in violazione di una delle disposizioni del presente articolo ha diritto ad una riparazione.

#### **Art. 6 CEDU – Diritto a un equo processo**

1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

3. In particolare, ogni accusato ha diritto di:

a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico;

- b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;
- c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;
- d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;
- e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza.

#### **Art. 7 CEDU – Nulla poena sine lege**

1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.

2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili.

#### **Art. 13 CEDU – Diritto ad un ricorso effettivo**

1. Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali.

#### **Art. 14 CEDU – Divieto di discriminazioni**

1. Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione.

#### **Art. 15 CEDU – Deroga in caso di stato d'urgenza**

1. In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi

previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale.

2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 § 1 e 7.

3. Ogni Alta parte contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano d'essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione.

#### **Art. 2 Prot. n. 4 – Libertà di circolazione**

1. Chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di fissarvi liberamente la sua residenza.

2. Ognuno è libero di lasciare qualsiasi Paese, compreso il proprio.

3. L'esercizio di tali diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste dalla legge e che costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui.

4. I diritti riconosciuti al paragrafo 1 possono anche, in alcune zone determinate, essere oggetto di restrizioni previste dalla legge e giustificate dall'interesse pubblico in una società democratica.

#### **Art. 2 Prot. n. 7 – Diritto a un doppio grado di giudizio in materia penale**

1. Ogni persona dichiarata colpevole da un tribunale ha il diritto di far esaminare la dichiarazione di colpevolezza o la condanna da una giurisdizione superiore. L'esercizio di tale diritto, ivi compresi i motivi per cui esso può essere esercitato, è disciplinato dalla legge.

2. Tale diritto può essere oggetto di eccezioni per reati minori, quali sono definiti dalla legge, o quando l'interessato è stato giudicato in prima istanza da un tribunale della giurisdizione più elevata o è stato dichiarato colpevole e condannato a seguito di un ricorso avverso il suo proscioglimento.

**Art. 3 Prot. n. 7 – Diritto al risarcimento in caso di errore giudiziario**

1. Qualora una condanna penale definitiva sia successivamente annullata o qualora la grazia sia concessa perché un fatto sopravvenuto o nuove rivelazioni comprovano che vi è stato un errore giudiziario, la persona che ha scontato una pena in seguito a tale condanna sarà risarcita, conformemente alla legge o agli usi in vigore nello Stato interessato, a meno che non sia provato che la mancata rivelazione in tempo utile del fatto non conosciuto le sia interamente o parzialmente imputabile.

**Art. 4 Prot. n. 7 – Diritto di non essere giudicato o punito due volte (*ne bis in idem*)**

1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato.

2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta.

3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione.



## INTRODUZIONE

### L'AUTONOMIA DELLA NOZIONE CONVENZIONALE DI “MATERIA PENALE”

#### Art. 6 CEDU – Diritto a un equo processo

1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni *accusa penale* formulata nei suoi confronti.

2. Ogni persona *accusata di un reato* è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

3. In particolare, ogni *accusato* ha diritto di (...)

#### 1. La nozione autonoma di accusa penale (art. 6 CEDU)

La Corte europea, assolvendo il compito affidatole dall'art. 32 della CEDU, assicura l'*interpretazione uniforme* della Convenzione in tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa e a tal fine ha elaborato un linguaggio proprio della Convenzione, nutrito da categorie concettuali autonome rispetto a quelle dei diversi ordinamenti nazionali. In genere tali nozioni sono concepite in modo meno rigoroso, più flessibile di quelle dei diritti interni, in funzione dell'oggetto e dello scopo della Convenzione.

Anche la “materia penale” è stata oggetto di ridefinizione da parte della Corte europea, a partire dalla interpretazione della portata del diritto ad un processo equo garantito dall'art. 6, il quale al § 1 limita siffatta garanzia alle controversie sui diritti e doveri di carattere civile e “*sulla fondatezza di ogni accusa penale*”.

Per la giurisprudenza europea, infatti, il concetto di “*accusa penale*” ha portata *autonoma*, indipendente dalle categorizzazioni utilizzate dagli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati membri (*Adolf c. Austria*, § 30). L’“*accusa*” penale, nel senso della Convenzione, va intesa come *la notifica ufficiale, promanante dall'autorità competente, della contestazione di un'infrazione penale*, che può avere *ripercussioni importanti* sulla situazione dell'accusato (*Deweer c. Belgio*, §§ 42 e 46, e *Eckle c. Germania*, § 73). Così, ad esempio, le dichiarazioni rese da una persona durante un controllo stradale, senza essere stata informata del motivo del suo interrogatorio, della natura e della causa dei sospetti nei suoi confronti, né della possibilità che le sue dichiarazioni siano utilizzate contro di lei, possono avere avuto “*ripercussioni importanti*” sulla sua

situazione, nonostante l'assenza di una formale imputazione nei suoi confronti (*Aleksandr Zaichenko c. Russia*, § 43).

La Corte europea, nel celebre caso *Engel (Engel ed altri c. Paesi Bassi)*, §§ 82-83), ha enunciato i tre criteri di riconoscimento della natura penale di un determinato procedimento o di una determinata sanzione: 1) la *qualificazione (formale o sostanziale) del diritto interno*; 2) la *natura dell'infrazione*; 3) la *severità della pena*.

Il primo criterio, quello della *qualificazione del diritto interno*, assume una importanza relativa nel ragionamento della Corte e serve soltanto come punto di avvio del percorso ermeneutico. In via preliminare il giudice europeo verifica se il diritto interno riconduce o meno una determinata infrazione tra le infrazioni penali e, in assenza di una qualificazione *formale* in tal senso ad opera dell'ordinamento nazionale, esso valuta la realtà *sostanziale* sottesa al procedimento in questione, prendendo in considerazione i criteri sui quali si fonda la classificazione interna.

Per la Corte il criterio della *natura dell'infrazione* è senza dubbio il più significativo (*Jussila c. Finlandia* [GC], § 38); diversi sono i fattori di cui il giudice di Strasburgo si avvale per la individuazione della natura della infrazione, tra loro spiccano senz'altro l'accertamento della funzione repressiva/dissuasiva della norma (*Öztürk c. Germania*, § 53; *Bendenoun c. Francia*, § 47); la verifica della classificazione di procedimenti analoghi negli altri Paesi membri del Consiglio d'Europa (*Öztürk c. Germania*, § 53); l'accertamento della provenienza dell'azione, se cioè sia stata posta in essere da una pubblica autorità in virtù di poteri legalmente riconosciuti e se la condanna dipenda dalla constatazione di una responsabilità (*Benham c. Regno Unito* [GC], § 56); la verifica della portata della norma, della sua generalità (*Bendenoun c. Francia*, § 47);

Il terzo criterio, quello della *severità della pena*, conduce la Corte a valutare la gravità della sanzione prendendo come riferimento la pena massima edittale (*Campbell e Fell c. Regno Unito*, § 72; *Demicoli c. Malta*, § 34).

Va osservato che mentre il primo criterio (la qualificazione del diritto interno) da solo non è mai decisivo per la Corte, gli altri due criteri, anche assunti separatamente, sono in genere determinanti ai fini della riconduzione nella materia "penale" del procedimento in questione ai sensi e per le finalità di cui all'art. 6 CEDU (*Öztürk c. Germania*, § 54; *Lutz c. Germania*, § 55). La non decisività delle qualificazioni del diritto interno si evince chiaramente dall'orientamento assunto dalla giurisprudenza con riguardo al fenomeno della depenalizzazione. Per la Corte le infrazioni classificate tra le infrazioni "*regolamentari*" in seguito alla depenalizzazione possono continuare a rientrare nel concetto autonomo di infrazione "*penale*", dato che lasciare agli Stati il potere di escludere tali infrazioni potrebbe avere conseguenze incompatibili con l'oggetto e con lo scopo della Convenzione (si veda *Öztürk c. Germania*, § 49).

Quando l'analisi dei singoli criteri non consente di pervenire a conclusioni nette circa la natura di un determinato procedimento o di una certa sanzione, la Corte europea procede mediante una *valutazione cumulativa* dei criteri sopra ricordati (*Bendenoun c. Francia*, § 47).

Infine, va osservato che secondo la Corte le espressioni “*accusa penale*” e “*accusato di un reato*” utilizzate nei tre paragrafi dell’art. 6 CEDU fanno riferimento a situazioni identiche, pertanto i criteri di applicabilità dell’art. 6 sono gli stessi.

Senza alcuna pretesa di completezza si richiamano in breve qui di seguito taluni procedimenti che, inducendo la Corte ad una indagine sulla loro natura, hanno contribuito ad arricchire e precisare la definizione convenzionale di “*materia penale*”.

Con riferimento ai *procedimenti disciplinari*, la Corte ha chiarito sin dal caso *Engel* (§§ 80-82) e ribadito in varie occasioni (*Campell e Fell c. Regno Unito*, §68) che:

«*a) La Convention n’empêche pas les États de créer ou maintenir une distinction entre droit pénal et droit disciplinaire ni d’en fixer le tracé, mais il n’en résulte pas que la qualification ainsi adoptée soit déterminante aux fins de la Convention.*

*b) Si les États contractants pouvaient à leur guise, en qualifiant une infraction de disciplinaire plutôt que de pénale, écarter le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 (art. 6, art. 7), l’application de celles-ci se trouverait subordonnée à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec l’objet et le but de la Convention. »*

La Corte pertanto si riserva di verificare di volta in volta la natura penale degli stessi avvalendosi dei tre criteri sopra ricordati. Così con riguardo ai *procedimenti disciplinari* il giudice europeo ha affermato che *le infrazioni alla disciplina militare*, che comportano l’assegnazione ad un’unità disciplinare per un periodo di alcuni mesi, rientrano nel profilo penale dell’art. 6 della Convenzione, mentre gli arresti di rigore per due giorni sono stati giudicati un periodo troppo breve per rientrare nella sfera del “*diritto penale*” (*Engel ed altri c. Paesi Bassi*, § 85). Per quanto riguarda i *procedimenti disciplinari in ambito professionale*, la questione rimane aperta. La Corte europea ha infatti giudicato inutile deliberare in materia, avendo concluso che il procedimento rientra nella sfera civile (*Albert e Le Compte c. Belgio*, § 30). Quanto al procedimento disciplinare che abbia comportato il pensionamento d’ufficio di *un funzionario*, la Corte non ne riconosce il carattere “*penale*” ai sensi dell’articolo 6, se le autorità mantengono la loro decisione entro limiti meramente amministrativi (*Moulet c. Francia* (dec.)).

Per la giurisprudenza europea l’art. 6 può applicarsi anche alle *infrazioni alla disciplina penitenziaria*, in ragione delle accuse nonché della natura e della gravità delle pene (*Ezeh e Connors c. Regno Unito* [GC], § 82; *Štitić c. Croazia*, §§ 51-63). Il *contenzioso penitenziario* in quanto tale, invece, non rientra nell’ambito penale dell’articolo 6. Così, ad esempio, la sottoposizione di un detenuto a regimi speciali di sorveglianza non riguarda la fondatezza di un’accusa penale; l’accesso alla giustizia per contestare una tale misura e le restrizioni suscettibili di accompagnarla devono essere esaminati sotto il profilo civile dell’articolo 6 § 1 (*Enea c. Italia* [GC], § 98).

Le misure disposte da un tribunale in virtù di norme che sanzionano i comportamenti sconvenienti in udienza (*oltraggio alla Corte*) sono ritenute non rientranti nel campo di applicazione dell’articolo 6 in quanto presentano molti punti in

comune con l'esercizio di poteri disciplinari (*Ravnsborg c. Svezia*, § 34; *Putz c. Austria*, §§ 33-37). Tuttavia, la natura dell'infrazione e la severità della pena possono rendere l'articolo 6 applicabile ad una condanna per oltraggio alla Corte classificata secondo il diritto interno tra le condanne penali (*Kyprianou c. Cipro* [GC], §§ 61-64, in cui era in discussione una sanzione di cinque giorni di reclusione) o tra le contravvenzioni amministrative (*Zaicevs c. Lettonia*, §§ 31-36, in cui era in discussione una detenzione amministrativa di tre giorni).

Per quanto riguarda la *violazione del segreto istruttorio*, una distinzione va fatta, da un lato, tra le persone tenute per eccellenza al segreto (giudici, avvocati e tutte le persone strettamente coinvolte nel funzionamento degli organi giudiziari) e, dall'altro, le parti non rientranti nella sfera disciplinare del sistema giudiziario (*Weber c. Svizzera*, §§ 33 e 34).

Quanto all'*oltraggio al Parlamento*, la Corte stabilisce una distinzione tra i poteri di un corpo legislativo nell'adottare i provvedimenti in materia di lesione di privilegi nei confronti dei suoi membri, da un lato, ed una competenza estesa consistente nel sanzionare i terzi per atti commessi altrove, dall'altro. I primi potrebbero essere considerati poteri disciplinari per natura, mentre i secondi sono, per la Corte europea, poteri aventi natura penale, tenuto conto dell'applicazione generale e della severità della pena irrogabile (reclusione fino a 60 giorni nonché multa nella causa *Demicoli c. Malta*, § 32).

Sulla base dei criteri enunciati anche taluni *procedimenti o sanzioni amministrativi* possono rientrare nella materia penale (infrazioni alla circolazione stradale passibili di ammende, restrizioni relative alla patente di guida, quali la riduzione di punti o la sospensione o l'annullamento della patente di guida: *Lutz c. Germania*, § 182; *Schmautzer c. Austria*; *Malige c. Francia*; ma non il ritiro immediato della patente di guida *Escoubet c. Belgio* [GC]).

La giurisprudenza europea non ritiene applicabile l'art. 6 ai *procedimenti tributari* (*Ferrazzini c. Italia*) essa ha tuttavia ritenuto applicabile l'articolo 6, oltre che al diritto penale tributario, ai procedimenti relativi alle maggiorazioni d'imposta, considerato che le pene erano stabilite da una legge generale avente come destinatari tutti i contribuenti, che la maggiorazione non era destinata a costituire una riparazione pecuniaria del danno causato, bensì a punire e al tempo stesso a dissuadere dalla reiterazione del reato; che la maggiorazione era considerevole (*Bendenoun c. Francia*). In altri casi, tuttavia, la natura penale dell'infrazione è stata ritenuta sufficiente ai fini dell'applicazione dell'articolo 6, nonostante il modesto importo della maggiorazione d'imposta (dieci per cento del debito fiscale riparato nella causa *Jussila c. Finlandia* [GC], § 38).

La Corte non ha invece esteso la nozione di "materia penale" sino a far rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 6 i *procedimenti riguardanti una mera riparazione fiscale* né i procedimenti relativi a interessi di mora, trattandosi di procedimenti destinati essenzialmente a riparare il danno pecuniario subito da fisco piuttosto che ad impedire la reiterazione del reato (*Mieg de Boofzheim c. Francia* (dec.)).

Anche le *sanzioni elettorali*, quali la pena dell'ineleggibilità e l'obbligo di pagare all'Erario una somma equivalente all'importo dell'eccedenza di spese elettorali, secondo la giurisprudenza europea non rientrano nell'ambito di applicazione sotto il profilo penale dell'articolo 6 (*Pierre-Bloch c. Francia*, §§ 53-60). La stessa esclusione è stata sancita dalla Corte europea con riferimento a *procedimenti volti allo scioglimento dei partiti politici* (*Refah Partisi ed altri c. Turchia* (dec.); alle *commissioni parlamentari d'inchiesta* (*Giovanni Montera c. Italia* (dec.)). Con riferimento ai *procedimenti di lustrazione*, di recente, la Corte ha precisato che la predominanza degli aspetti aventi connotazioni penali (natura dell'infrazione, falsa dichiarazione di lustrazione, natura e severità della pena, interdizione dall'esercizio di alcune professioni per un lungo periodo) può portare a ricondurre questi procedimenti nel campo di applicazione dell'articolo 6 della Convenzione (*Matyjek c. Polonia* (dec.); e in senso contrario *Sidabras e Džiautas c. Lituania* (dec.)).

I *procedimenti di espulsione degli stranieri* non rientrano nella materia penale, nonostante possano essere avviati nell'ambito di azioni penali (*Maaouia c. Francia* [GC], § 39). Lo stesso approccio è stato adottato dalla giurisprudenza europea per i *procedimenti di estradizione* (*Peñafoel Salgado c. Spagna* (dec.)) e per i procedimenti relativi al *mandato di arresto europeo* (*Monedero Angora c. Spagna* (dec.)). Tuttavia, la sostituzione di una pena detentiva con l'espulsione e l'interdizione dal territorio per un periodo di 10 anni, senza che l'interessato sia stato sentito e siano state prese in considerazione circostanze diverse dall'applicazione quasi automatica di una nuova disposizione penale, deve essere considerata una pena allo stesso titolo di quella fissata al momento della condanna iniziale (*Gurguchiani c. Spagna*, §§ 40 e 47-48).

Le *misure di confisca* lesive dei diritti di proprietà di terzi, in assenza di minaccia di azioni penali contro questi ultimi, sono state ritenute equivalenti alla determinazione "della fondatezza di un'accusa penale" (*Air Canada c. Regno Unito*, § 54; *AGOSI c. Regno Unito*, §§ 65-66). La giurisprudenza europea ha invece fatto rientrare nella materia penale un avvertimento amministrativo e il sequestro di una pubblicazione (contenente incitazioni all'odio razziale), per il loro carattere dissuasivo, per lo scopo punitivo e per la severità della sanzione (*Balsyte-Lideikiene c. Lituania*, § 61).

Gli esempi richiamati mostrano le peculiarità della definizione di "*materia penale*" nel linguaggio della Convenzione, e sconsigliano di improvvisare sovrapposizioni con le qualificazioni dei diversi diritti nazionali.

## **2. L'estensione della definizione di materia penale ai sensi dell'art. 6 CEDU anche ai fini della interpretazione di altre disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli**

La definizione di materia penale tocca anche altre disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli. Il concetto di "*accusa penale*" diviene rilevante ai fini dell'applicabilità delle garanzie dell'*articolo 5 §§ 1 a) e c) e 3* (*Steel ed altri c. Regno*

*Unito*, § 49) che devono leggersi in combinato disposto, formando un tutt'uno (*Ciulla c. Italia*, § 38). Ne consegue che le procedure relative alla detenzione, unicamente per uno degli altri motivi elencati nell'articolo 5 § 1, quali la detenzione di un alienato (lett. e), non rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 6 sotto il suo profilo penale (*Aerts c. Belgio*, § 59).

L'elaborazione giurisprudenziale formatasi intorno all'articolo 6 riveste importanza anche ai fini della definizione dell'ambito di applicazione dell'articolo 7. La Corte ritiene che la nozione di "pena" contenuta nell'articolo 7 § 1 della Convenzione possiede, come quella di "accusa in materia penale" di cui all'articolo 6 § 1, una portata autonoma (*Demicoli c. Malta*, 1991, § 31). Per rendere efficace la tutela offerta dall'articolo 7, la Corte ha ritenuto di essere libera di andare oltre le apparenze e di valutare essa stessa se una particolare misura si traduca nella sostanza in una "pena" ai sensi di tale disposizione (*Welch c. Regno Unito*, 1995, § 27).

Il testo dell'articolo 7 § 1, seconda frase, indica che il punto di partenza per ogni valutazione circa l'esistenza di una pena consiste nel determinare se la misura in questione viene imposta a seguito di una condanna per un "reato", definito avvalendosi dei criteri enunciati nella sentenza Engel: la natura e lo scopo della misura in questione, la sua qualificazione nel diritto interno, le procedure associate alla sua adozione, nonché la sua gravità (*Welch*, già cit., § 28).

Nella loro giurisprudenza la Commissione e la Corte hanno stabilito una distinzione tra una misura che costituisce in sostanza una "pena" e una misura relativa all'"esecuzione" o all'"applicazione della "pena". In virtù di tale distinzione, una misura emessa allo scopo di rinviare una pena o di disporre un cambiamento nel sistema di liberazione condizionale non fa parte integrante della "pena" ai sensi dell'articolo 7 (*Kafkaris*, già cit., § 142), la cui portata sarà esaminata nella I Parte del presente lavoro.

Infine, le nozioni di "infrazione penale" e di "pena" rilevano ai fini dell'applicabilità degli articoli 2 e 4 del Protocollo n. 7 (*Greco c. Romania*, § 81; *Sergueï Zolotoukhine c. Russia* [GC], §§ 52-57), sui quali si tornerà nella III Sezione della II Parte del lavoro.

## **PARTE I**

### **I PRINCIPI DEL DIRITTO PENALE SOSTANZIALE**



## 1. Obblighi di tutela penale e margine di apprezzamento degli Stati

Prima di esaminare le garanzie che la Convenzione prevede a tutela dell'imputato, deve farsi almeno un cenno alla tutela penale come garanzia della vittima del reato, dei suoi diritti fondamentali.

Particolarmente significativa al riguardo è la giurisprudenza, estesa anche al divieto di trattamenti inumani e degradanti, sulla protezione del diritto alla vita.

La Corte europea ha chiarito che la prima frase dell'articolo 2 § 1 della Convenzione obbliga lo Stato, non solo ad astenersi dal provocare la morte in modo volontario e irregolare, ma anche ad adottare le misure necessarie alla protezione delle persone poste sotto la sua giurisdizione (*Maiorano c. Italia*, §§ 103-104; *L.C.B. c. Regno Unito*, §36 e *Osman c. Regno Unito*, § 115).

Il dovere fondamentale che grava sullo Stato è quello di assicurare il diritto alla vita attraverso una *legislazione penale* volta a dissuadere dal commettere reati contro la persona e meccanismi di applicazione concepiti per prevenire e reprimere le violazioni (*Natchova e altri c. Bulgaria* [GC], §160).

La Corte europea ha ribadito in molteplici occasioni che *l'obbligo procedurale* che discende dall'art. 2 impone agli Stati l'instaurazione di un sistema giudiziario efficace ed indipendente, in grado di stabilire le cause di un decesso e di obbligare gli eventuali responsabili a rispondere delle loro azioni (*Gäfgen c. Germania*, §§ 115-119 *Silih c. Slovenia*, §§192-196; *Calvelli e Ciglio c. Italia*, § 49, e *Powell c. Regno Unito* (dec.)). Si tratta di una obbligazione di mezzi e non di risultato (*Paul e Audrey Edwards c. Regno Unito*, §71).

Benché la Convenzione non garantisca il diritto all'apertura di un procedimento penale contro terzi, la Corte ha ripetutamente affermato che il sistema giudiziario efficace richiesto dall'art. 2 in certe circostanze richiede un meccanismo di repressione penale.

Se la lesione del diritto alla vita o all'integrità fisica non è volontario, l'obbligazione procedurale che discende dall'art. 2 non esige necessariamente un ricorso di natura penale (*Silih c. Slovenia*, §§194; *Mastromatteo c. Italia*, § 90). Nel contesto specifico di negligenze mediche, tale obbligazione si considera assolta se il sistema giuridico offre agli interessati un ricorso davanti alle giurisdizioni civili, da solo o insieme ad un ricorso dinanzi alle giurisdizioni penali, volto a permettere di accertare la responsabilità eventuale dei medici coinvolti e, se del caso, per applicare le sanzioni civili appropriate (come il versamento di somme a titolo di danni-interesse e/o la pubblicazione della sentenza: *Calvelli e Ciglio c. Italia*, § 51, e *Vo c. Francia*, § 90).

Un'esigenza di celerità e ragionevole diligenza è implicita in questo contesto. Se sorgono ostacoli o difficoltà che impediscono ad una inchiesta di progredire in una determinata situazione, la pronta reazione delle autorità è di importanza capitale per mantenere la fiducia del pubblico e la sua adesione allo Stato di diritto e per prevenire le apparenze di tolleranza di atti illegali o di collusione nel loro compimento (*Paul e Audrey Edwards*, § 72). Ciò vale anche per le negligenze mediche rilevanti ai fini

dell'articolo 2. L'obbligazione dello Stato non può ritenersi soddisfatta se il meccanismo di protezione previsto nel diritto interno non esiste che in teoria: è necessario che esso funzioni effettivamente, e ciò presuppone un esame del caso tempestivo, senza ritardi inutili (*Calvelli e Ciglio*, § 53; *Byrzykowski*, §117).

Nel caso *Dudgeon c. Regno Unito* la Corte plenaria ha chiarito che il compimento in privato di atti omosessuali da parte di terzi, per quanto possa urtare e inquietare coloro che reputano immorale l'omosessualità, non autorizza il ricorso a sanzioni penali quando i partners sono adulti consenzienti (§ 60). La Corte ha tuttavia riconosciuto la necessità, in una società democratica, di un certo controllo del comportamento omosessuale a protezione di persone particolarmente vulnerabili come i giovani. A tal fine la Corte ha riconosciuto che spetta alle autorità nazionali decidere quali garanzie richieda la difesa della morale nella loro comunità e in particolare spetta loro fissare l'età prima della quale i giovani devono godere della protezione del diritto penale (§62).

## **2. Nulla poena sine lege (art. 7 CEDU)**

### **Art. 7 CEDU – Nulla poena sine lege**

1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.

2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili.

La garanzia sancita dall'articolo 7, elemento sostanziale della *preminenza del diritto*, occupa un posto fondamentale nel sistema di tutela della Convenzione, come dimostra il fatto che l'articolo 15 non prevede alcuna deroga ad essa in tempo di guerra o di altro pericolo pubblico. Siffatta garanzia deve essere interpretata e applicata in modo da assicurare una protezione *effettiva* contro azioni penali, condanne e sanzioni arbitrarie (*S.W. e C.R. c. Regno Unito*, § 34 e § 32 e *Kafkaris*, § 137).

## 2.1. Il principio di legalità

L'articolo 7 § 1 della Convenzione sancisce in generale il *principio di legalità* in materia penale.

La Corte europea ha dunque il compito di assicurarsi che, nel momento in cui un imputato ha commesso l'atto che ha dato luogo all'azione penale e alla condanna, esisteva una *disposizione legale* che rendeva l'atto punibile, e che la pena imposta non ha superato i limiti fissati da tale disposizione (*Coëme e altri*, § 145, e *Achour*, § 43).

La nozione di "diritto" (*law*) utilizzata nell'articolo 7 corrisponde a quella di "legge" che compare in altri articoli della Convenzione; essa comprende sia il *diritto di origine legislativa* che quello *di origine giurisprudenziale*: entrambi devono possedere i requisiti della *accessibilità* e della *prevedibilità* (*Kokkinakis*, §§ 40-41, *Cantoni c. Francia*, § 29, *Coëme e altri*, § 145 e *E.K. c. Turchia*, § 51). Evidentemente pertanto la nozione convenzionale di "base legale" non si sovrappone alla [né può confondersi con la] garanzia della riserva di legge prevista in materia penale dalla Costituzione.

Non si può interpretare l'articolo 7 della Convenzione nel senso che esso vieta la graduale chiarificazione delle norme in materia di responsabilità penale mediante l'interpretazione giudiziaria da una causa all'altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile (*Streletz, Kessler e Krenz c. Germania* [GC], § 50).

L'esistenza di una base legale è strettamente funzionale alla garanzia della *prevedibilità* la cui portata dipende in larga misura dal contenuto del testo in questione, dall'ambito che esso ricopre e dalla qualità dei suoi destinatari. Il requisito della prevedibilità di una legge non conduce ad escludere che la persona interessata possa ricorrere alla consulenza di esperti per valutare le conseguenze che possono derivare da un determinato atto (*Achour*, § 54).

## 2.2. Il principio di determinatezza della fattispecie penale

Nel linguaggio della Convenzione il principio di determinatezza della fattispecie penale si iscrive in pieno nel principio di legalità e nella garanzia della prevedibilità cui si è fatto cenno.

La legge deve definire chiaramente i reati e le pene e questa condizione è soddisfatta quando la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente e, se necessario, con l'aiuto dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali, quali atti e omissioni implicano la sua responsabilità penale (*Kokkinakis c. Grecia*, § 52, *Achour*, § 41, e *Sud Fondi Srl e altri c. Italia*, § 107).

La Corte europea ammette che, anche a causa del carattere generale delle leggi, il testo di queste ultime non può presentare una precisione assoluta. Una delle tecniche-tipo di regolamentazione consiste nel ricorrere a categorie generali piuttosto che a liste esaustive. Molte leggi si servono anche di formule più o meno vaghe la cui

interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica (*Cantoni*, § 31, e *Kokkinakis*, § 40). Pertanto, in qualsiasi ordinamento giuridico, per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione di legge, ivi compresa una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria. Bisognerà sempre chiarire i punti oscuri e adattarsi ai cambiamenti di situazione. Inoltre, la certezza, benché fortemente auspicabile, è spesso accompagnata da un'eccessiva rigidità; il diritto deve invece sapersi adattare ai cambiamenti di situazione.

La funzione decisionale affidata alle giurisdizioni serve precisamente a dissipare i dubbi che potrebbero sussistere per quanto riguarda l'interpretazione delle norme (*Kafkaris*, § 141). Del resto è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte alla Convenzione che la giurisprudenza, in quanto fonte di diritto, contribuisce necessariamente alla progressiva evoluzione del diritto penale (*Kruslin c. Francia*, § 29).

### ***2.3. Il principio di irretroattività e il principio della retroattività della norma penale più favorevole***

Strettamente connesso al requisito della prevedibilità è il divieto previsto dall'art. 7 di punire un soggetto sulla base di una norma penale entrata in vigore dopo il fatto commesso (*Sud Fondi e altri c. Italia*, § 110). Il *principio di irretroattività* impone altresì di non interpretare la legge penale in maniera estensiva a svantaggio dell'imputato e di non ricorrere al canone interpretativo dell'analogia (*Coëme e altri c. Belgio*, § 145).

Se il prolungamento del termine di prescrizione ha l'effetto di estendere il periodo durante il quale i fatti possono essere perseguiti e può dunque nuocere all'incolpato, esso tuttavia non si risolve in una violazione dell'art. 7, il quale non può essere interpretato nel senso che impedisca, per effetto dell'applicazione immediata di una norma processuale, un allungamento dei termini di prescrizione allorché i fatti sui quali si fonda l'incriminazione non si erano mai prescritti (*Coëme e altri c. Belgio*, § 149).

La giurisprudenza europea ha chiarito che la garanzia in questione non si applica ai mutamenti della legislazione penitenziaria (*Kafkaris c. Cipro*, [GC], § 151).

Con riguardo alla portata dell'art. 7 di recente si è assistito ad un significativo *overruling* della giurisprudenza nel caso *Scoppola c. Italia* (N.2).

Sin dal 1978 la Commissione europea dei diritti dell'uomo aveva ritenuto che, a differenza dell'articolo 15 § 1 *in fine* del Patto delle Nazioni Unite relativo ai diritti civili e politici, l'articolo 7 della Convenzione non sancisse il diritto di beneficiare dell'applicazione di una pena meno severa prevista da una legge posteriore al reato (*X c. Germania*, (dec.)).

E in effetti l'articolo 7 non fa espressamente menzione dell'obbligo, per gli Stati contraenti, di garantire all'imputato il beneficio di un cambiamento legislativo più favorevole intervenuto dopo la commissione del reato, pertanto, sulla base di un argomento testuale la Commissione aveva rigettato il motivo di ricorso del ricorrente.

L'orientamento sopra ricordato è stato fatto proprio dalla Corte europea (*Le Petit c. Regno Unito* (dec.), 2000, e *Zaprianov c. Bulgaria* (dec.), 2003).

Tuttavia nel 2009 nel caso *Scoppola c. Italia* (N.2) il giudice di Strasburgo ha constatato un'evoluzione in materia negli ordinamenti degli Stati contraenti in generale, sottolineando la fondamentale importanza di interpretare e applicare la Convenzione in modo da renderne le garanzie concrete e effettive, e non meramente teoriche ed illusorie. L'approccio dinamico ed evolutivo sposato dalla Corte ai fini dell'interpretazione della Convenzione è promosso allo scopo di non ostacolare ogni riforma o miglioramento del livello di tutela dei diritti garantiti dalla Convenzione (*Stafford*, § 68, e *Christine Goodwin c. Regno Unito* [GC], § 74).

Dal 1978 al momento della decisione della Corte si sono registrati importanti sviluppi sul piano internazionale: l'entrata in vigore della Convenzione americana dei diritti dell'uomo, il cui articolo 9 sancisce il principio della applicazione della legge penale più favorevole, la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui articolo 49 § 1 precisa che "se, posteriormente a tale reato, la legge prevede una pena più lieve, quest'ultima dovrà essere applicata". La Corte europea tiene conto anche di alcuni significativi sviluppi giurisprudenziali, ricordando come nella causa *Berlusconi e altri*, la Corte di giustizia delle Comunità europee abbia ritenuto che questo principio fa parte delle *tradizioni costituzionali comuni* agli Stati membri. La Corte ricorda, infine, che l'applicabilità della legge penale meno severa è stata iscritta nello statuto della Corte penale internazionale e affermata nella giurisprudenza del TPIY.

Il giudice di Strasburgo, sulla base del *consensus* formatosi a livello europeo e internazionale, si spinge sino ad affermare che l'applicazione della legge penale che prevede una pena meno severa, anche posteriormente alla perpetrazione del reato, può ormai considerarsi un ***principio fondamentale del diritto penale***.

Secondo la Corte europea è coerente con il principio della preminenza del diritto, di cui l'articolo 7 costituisce un elemento essenziale, aspettarsi che il giudice di merito applichi ad ogni atto punibile la pena che il legislatore ritiene proporzionata. Infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della perpetrazione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo. Ciò equivarrebbe inoltre a ignorare i cambiamenti legislativi favorevoli all'imputato intervenuti prima della sentenza e continuare a infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive. La Corte osserva che l'obbligo di applicare, tra molte leggi penali, quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato, si traduce in una chiarificazione delle norme in materia di successione delle leggi penali, il che soddisfa un altro elemento fondamentale dell'articolo 7, ossia quello della *prevedibilità delle sanzioni*.

Pertanto oggi l'articolo 7 § 1 della Convenzione deve interpretarsi nel senso che esso sancisce espressamente il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa. Questo principio si traduce nella norma secondo cui, quando la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato. La nuova giurisprudenza suscita qualche perplessità non tenendo conto che, nel caso di specie, la norma più favorevole era in realtà una "*legge intermedia*", e che il legislatore successivo aveva rimodificato *in pejus* il trattamento sanzionatorio.

#### **2.4. Il principio di proporzionalità della sanzione penale**

Secondo la giurisprudenza europea la nozione di "pena" contenuta nell'articolo 7 § 1 della Convenzione possiede, come quella di «diritti e obblighi di natura civile» e di "accusa in materia penale" di cui all'articolo 6 § 1, una portata autonoma (*Demicoli c. Malta*, § 31).

Per rendere efficace la tutela offerta dall'articolo 7, la Corte è libera di andare oltre le apparenze e di valutare essa stessa se una particolare misura si traduca nel merito in una "pena" ai sensi di tale disposizione (*Welch c. Regno Unito*, § 27).

Il testo dell'articolo 7 § 1, seconda frase, indica che il punto di partenza di qualsiasi valutazione dell'esistenza di una pena consiste nel determinare se la misura in questione viene imposta a seguito di una condanna per un "reato". Altri elementi possono essere giudicati pertinenti al riguardo: la natura e lo scopo della misura in questione, la sua qualificazione nel diritto interno, le procedure associate alla sua adozione, nonché la sua gravità (*Welch*, § 28).

Nella loro giurisprudenza la Commissione e la Corte hanno stabilito una distinzione tra una misura che costituisce in sostanza una "pena" e una misura relativa all' "esecuzione" o all' "applicazione della pena". In virtù di tale distinzione, una misura emessa allo scopo di rinviare una pena o di disporre un cambiamento nel sistema di liberazione condizionale non fa parte integrante della "pena" ai sensi dell'articolo 7 (*Kafkaris*, § 142).

Il principio di proporzionalità rileva sotto il profilo dell'*an* e del *quantum* della sanzione penale. Esso guida il ragionamento della Corte sia nel valutare se la previsione legislativa in sé di una sanzione avente natura penale sia "proporzionata" rispetto alla lesione del bene protetto (v. *supra* par. 1), sia nel sindacare se la comminazione della sanzione penale e la sua entità nel caso di specie siano adeguate rispetto alla violazione del diritto con essa protetto. Sotto quest'ultimo profilo, ad esempio, la Corte ha ritenuto non "necessaria in una società democratica" la condanna penale di alcuni giornalisti che avevano pubblicato un libro dedicato alle intercettazioni telefoniche illegali organizzate presso la Presidenza della Repubblica dal 1983 al 1986, in cui si riportavano elementi

coperti da segreto istruttorio o professionale concernenti un funzionario indagato in relazione a dette intercettazioni illegali (*Dupuis e altri c. Francia*). I ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 10 CEDU (libertà di espressione) e la Corte ritenne che la loro condanna costituisse una restrizione alla loro libertà di espressione prevista dalla legge e avente lo scopo legittimo di proteggere il diritto dell'indagato a un processo equo nel rispetto della presunzione di innocenza, ma sproporzionata in considerazione dell'interesse pubblico all'informazione sulla vicenda e al ruolo di "cani da guardia" della democrazia che spetta ai giornalisti.

Nel condurre il bilanciamento tra i diritti posti a protezione della vittima del reato e quelli del condannato, la Corte tiene conto della funzione essenziale della pena che è ad un tempo di protezione della società, ma anche, secondo le politiche criminali dei singoli Stati membri, di reinserimento sociale del condannato (*Mastromatteo c. Italia*, §§ 72-73; *Maiorano c. Italia* § 108).

Di particolare interesse sono i casi in cui il trattamento sanzionatorio penale assume i connotati del trattamento inumano e degradante inducendo la Corte a dichiarare la violazione dell'art. 3 CEDU.

Secondo la costante giurisprudenza europea, perché abbia rilievo ai fini dell'applicazione dell'art. 3 CEDU, un maltrattamento deve raggiungere un minimo di gravità. L'apprezzamento di questo *minimum* è relativo, dipende dall'insieme degli elementi della causa, e principalmente dalla durata del trattamento e dai suoi effetti fisici o mentali così come, talvolta, dal sesso, dall'età e dallo stato di salute della vittima (v., tra le altre, *Price c. Regno Unito*, § 24; *Mouisel c. Francia*, § 37; *Jalloh c. Germania*, [GC], § 67). Al fine di un simile apprezzamento occorre tenere conto che la Convenzione è uno strumento vivente da interpretare alla luce delle condizioni di vita attuali e che il livello crescente di esigenze in materia di protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali implica, parallelamente e ineluttabilmente, una più grande fermezza nell'apprezzare le violazioni ai valori fondamentali delle società democratiche: (*Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Paesi Bassi*, § 48)

Resta da chiarire quando una pena possa definirsi inumana o degradante.

In primo luogo deve accertarsi che la sofferenza o l'umiliazione provocate vadano al di là di quelle che comportano inevitabilmente certe forme di trattamento o di pena legittimi (*Labita c. Italia*, [GC], § 120).

Va considerata poi la portata della distinzione tra "tortura" e "trattamenti inumani e degradanti" operata nell'art. 3 CEDU: secondo la Corte europea una siffatta distinzione è stata voluta per stigmatizzare con l'infamia speciale di "tortura" i soli trattamenti inumani volti deliberatamente a provocare sofferenze molto gravi e crudeli (*Aydin c. Turchia*, § 82, e *Selmouni*, § 96).

Nel caso *Riad e Idiab c. Belgio* la Corte ha giudicato "inumano" un trattamento per il fatto che era stato applicato con premeditazione per ore, causando lesioni corporali e sofferenze psichiche e mentali. Un trattamento è "degradante" quando la sua natura ispira alla vittima sentimenti di paura, di angoscia e di inferiorità allo scopo di umiliarla e avvilarla (v. *Kudla c. Polonia* [GC], § 92). Tuttavia l'assenza di un tale

scopo non esclude la constatazione di una violazione dell'art. 3 CEDU. Il carattere pubblico della sanzione o del trattamento può costituire un elemento rilevante ed aggravante a tal fine (si v. *Raninen c. Finlandia*, § 55). Tuttavia potrebbe essere sufficiente che la vittima risulti umiliata soltanto ai suoi occhi, senza che lo sia anche agli occhi altrui (*Tyrer c. Regno Unito*, § 32 e *Erdogan Yagiz c. Turchia*, § 37).

La finalità retributiva della sanzione penale non implica in sé una violazione dell'art. 3 (*V. c. Regno Unito*, § 98); la Corte ha più volte ribadito che la Convenzione obbliga gli Stati ad assumere misure volte a proteggere la collettività da crimini violenti (*A. c. Regno Unito*, §22; *Osman c. Regno Unito*, §115).

Si è posta in passato la questione della configurabilità della **pena di morte** e del cd. “**corridoio della morte**” come trattamenti inumani e degradanti ai sensi dell'art. 3 CEDU.

Nel caso *Soering c. Regno Unito*, la Corte aveva escluso che dall'art. 3 CEDU potesse farsi discendere un'interdizione generale della pena di morte, e ciò in virtù dell'art. 2 § 1 CEDU secondo il quale “nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena”; ma aveva individuato alcuni criteri in base ai quali valutare la sua non incompatibilità con l'art. 3 CEDU: le modalità con le quali tale pena veniva comminata ed eseguita; la personalità del condannato (età e stato mentale del soggetto) e la sproporzione in rapporto alla gravità del reato, le condizioni di detenzione in attesa dell'esecuzione (§ 104).

Nel caso *Soering*, la Corte concludeva nel senso che il lunghissimo periodo da trascorrere nel cd. “corridoio della morte” in condizione così estreme, con l'angoscia onnipresente e crescente dell'esecuzione della pena capitale, nonché la situazione personale del ricorrente, la sua giovane età e il suo stato mentale all'epoca dei fatti, esponeva l'interessato ad un rischio reale che venga oltrepassato la soglia di sofferenza consentita dall'art. 3 CEDU in caso di estradizione verso lo Stato della Virginia (§ 111).

In seguito all'entrata in vigore dei Protocolli n. 6 nel 1985 e n. 13 del 2003 la pena capitale non è più ammessa, né in tempo di pace né in tempo di guerra, nel sistema del Consiglio d'Europa: con tali protocolli si è di fatto modificato il testo dell'art. 2 della Convenzione. Dunque ormai deve escludersi l'extradizione verso un paese che prevede la pena di morte. In argomento si v. più di recente il caso *Chamaïev e altri c. Georgia e Russia*, nel quale la Corte ha ritenuto che le decisioni di estradizione verso la Russia assunte dalle autorità georgiane nei confronti dei ricorrenti, sospetti terroristi ceceni, concretavano una violazione degli artt. 2 e 3 della Convenzione, avendoli esposti ad un rischio reale di morte o di torture dato che tale paese non ha abolito la pena di morte (si noti che la Russia non ha infatti ratificato il Prot. n. 6 e non ha né firmato né ratificato il Prot. n. 13).

Con riferimento alla pena dell'**ergastolo** la Corte ha chiarito che la caratteristica del trattamento inumano non è legata alla durata della pena, bensì al fatto che al detenuto sia negata in radice la possibilità di beneficiare di misure come la liberazione condizionale (*Leger c. Francia*, § 90):

«la Cour n'écarter pas le fait que dans des circonstances particulières l'exécution de peines privatives de liberté à vie et incompressible puisse également poser problème au regard de la Convention lorsqu'il n'existe aucun espoir de pouvoir bénéficier de mesures telles que la libération conditionnelle par exemple (*Nivette c. France*, (déc) n° 44190/98, 3 juillet 2001 ; *Einhorn* précité ; *Sawoniuk* précité ; *Partington c.* ; *Royaume-Uni*, déc n° 58853/00, 26 juin 2003).»

Allo stesso modo la Corte ha considerato una “pena indeterminata” inflitta a minori non contrastante di per sé con l'art. 3 (*Weeks*, § 47; *Hussain*, § 53 ; *T. e V.*, §§ 99- 100).

Problemi di compatibilità con l'art. 3 sorgono altresì con riguardo a modalità di esecuzione delle pene detentive come quelle legate ai regimi speciali (*Messina c. Italia* (N. 2) e *Argenti c. Italia*) o alle condizioni della detenzione. Nella sentenza *Enea c. Italia* (§§57-59 ) la Corte afferma:

«57. Trattandosi in particolare di persone private della libertà, l'articolo 3 impone allo Stato l'obbligo positivo di assicurarsi che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della **dignità umana**, che le modalità di esecuzione della misura non lo sottopongano ad uno svilimento o ad una prova la cui intensità superi l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della carcerazione, la salute ed il benessere del prigioniero vengano assicurate in maniera adeguata, soprattutto con la somministrazione delle terapie mediche richieste (*Kudła c. Polonia* [GC], n° 30210/96, § 94, CEDH 2000-XI, e *Rivière c. Francia*, n° 33834/03, § 62, 11 luglio 2006). Così, la mancanza di cure mediche appropriate e, più in generale, la detenzione di una persona malata in condizioni di inadeguatezza, possono per principio costituire un trattamento contrario all'articolo 3 (vedere, per esempio, *İlhan c. Turchia* [GC], n° 22277/93, § 87, CEDH 2000-VII, e *Gennadi Naoumenko* succitata, § 112).

58. Le condizioni di detenzione di una **persona malata** devono garantire la tutela della sua salute, tenuto conto delle ordinarie e ragionevoli contingenze della carcerazione. Se non è possibile dedurre un obbligo generale di rimettere in libertà o di trasferire in un ospedale civile un detenuto, anche se quest'ultimo soffre di una malattia particolarmente difficile da curare (*Mouisel* succitata, § 40), l'articolo 3 della Convenzione impone comunque allo Stato di proteggere l'integrità fisica delle persone private della libertà. La Corte non può escludere che, in condizioni particolarmente gravi, ci si possa trovare in presenza di situazioni in cui una buona amministrazione della giustizia penale richieda l'adozione di misure di natura umanitaria (*Matencio c. Francia*, n° 58749/00, § 76, 15 gennaio 2004, e *Sakkopoulos c. Grecia*, n° 61828/00, § 38, 15 gennaio 2004).

59. Applicando questi principi, la Corte ha già concluso che il mantenimento in carcere per un periodo prolungato di una **persona di età avanzata**, e per di più malata, può rientrare nell'ambito della tutela dell'articolo 3 (*Papon c. Francia (n° 1)* (dec.), n° 64666/01, CEDH 2001-VI, *Sawoniuk c. Regno Unito* (dec.), n° 63716/00, CEDH 2001-VI, e *Priebke c. Italia* (dec.), n° 48799/99, 5 aprile 2001). Inoltre, la Corte ha dichiarato che mantenere in stato detentivo una persona tetraplegica, in condizioni inadeguate al suo stato di salute, costituiva un trattamento degradante (*Price* succitata, § 30). Premesso ciò, la Corte deve tener conto soprattutto di tre elementi per valutare la compatibilità del mantenimento in carcere di un ricorrente con uno stato di salute preoccupante, ossia: a) la condizione del detenuto, b) la qualità delle cure dispensate e c) l'opportunità di mantenere la detenzione visto lo stato di salute del ricorrente (*Farbtuhs c. Lettonia*, n° 4672/02, § 53, 2 dicembre 2004, e *Sakkopoulos* succitata, § 39).»

### **3. Responsabilità penale del minore e art. 3 CEDU**

Per quanto l'argomento meriterebbe un'accurata analisi, in questa sede ci si limita a richiamare uno dei non moltissimi casi in cui la Corte ha affrontato la questione della responsabilità penale del minore in rapporto alla possibile violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti.

Nel caso *V. c. Regno Unito* la Corte europea ha affermato (§§ 72-74):

«72. La Cour a d'abord examiné si le fait d'avoir tenu le requérant pour pénalement responsable des actes qu'il avait commis à l'âge de dix ans pouvait, en soi, emporter violation de l'article 3. Ce faisant, elle a pris en considération le principe, bien établi par sa jurisprudence, selon lequel, la Convention étant un instrument vivant, il est légitime d'avoir égard aux normes communément admises dans les Etats membres du Conseil de l'Europe pour déterminer si une mesure est acceptable au regard de l'une de ses dispositions (arrêt *Soering* précité, p. 40, § 102 ; et aussi les arrêts *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, série A n° 45, et *X, Y et Z c. Royaume-Uni* du 22 avril 1997, *Recueil* 1997-II).

73. A ce propos, la Cour constate qu'il n'existe pas encore en Europe d'assentiment général sur l'âge minimum de la responsabilité pénale. Alors que la plupart des Etats contractants ont adopté un seuil plus élevé que celui de l'Angleterre et du pays de Galles, d'autres, tels que Chypre, l'Irlande, le Liechtenstein et la Suisse, appliquent un

seuil plus bas. En outre, l'examen des textes et instruments internationaux pertinents ne révèle aucune tendance manifeste (paragraphe 45-46 ci-dessus). L'article 4 des règles de Beijing qui, bien que n'ayant pas force obligatoire, peut fournir une indication quant à l'existence d'un consensus international, ne précise pas l'âge de la responsabilité pénale, mais invite simplement les Etats à ne pas le fixer trop bas, et l'article 40 § 3 a) de la Convention des Nations unies appelle les Etats parties à établir un âge minimal au-dessous duquel les enfants seront présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale, mais ne contient aucune disposition fixant cet âge.

74. La Cour estime qu'il n'existe à ce jour aucune norme commune précise au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe sur l'âge minimum de la responsabilité pénale. Même si l'Angleterre et le pays de Galles figurent parmi les quelques ordres juridiques européens où l'âge de la responsabilité pénale demeure bas, on ne saurait considérer que le seuil adopté, dix ans, est bas au point d'être disproportionné par rapport à celui retenu par d'autres Etats européens. La Cour conclut que l'imputation de la responsabilité pénale au requérant n'emporte pas en soi violation de l'article 3 de la Convention.»



## **PARTE II**

### **I PRINCIPI DEL DIRITTO PENALE PROCESSUALE**



## SEZIONE I

### IL DIRITTO AD UN PROCESSO EQUO (ART. 6 CEDU)

#### Art. 6 CEDU – Diritto a un equo processo

1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e dovere di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

3. In particolare, ogni accusato ha diritto di:

- a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico;
- b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;
- c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;
- d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;
- e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza.

## PREMESSA

Nella giurisprudenza europea il diritto ad un processo equo rappresenta un diritto fondamentale in quanto condiziona il godimento effettivo di tutti gli altri diritti sostanziali. Esso occupa un “posto eminente” in una società democratica (*Airey c. Irlanda*, § 24) caratterizzata dal principio di preminenza e certezza del diritto.

Nel caso *Brumarescu c. Romania*, [GC] (§ 61) si legge: « 61. Le droit à un procès équitable devant un tribunal, garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, doit s'interpréter à la lumière du préambule de la Convention, qui énonce la prééminence du droit comme élément du patrimoine commun des Etats contractants. Un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit est le principe de la sécurité des rapports juridiques, qui veut, entre autres, que la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause. »

Le garanzie dell'art. 6 CEDU non sono esclusive del processo penale e tuttavia è in esso che debbono essere applicate in modo più rigoroso (*Jussila c. Finlandia*, § 43).

Non tutte le garanzie previste sono indefettibili, talune possono essere oggetto di volontaria ed inequivoca rinuncia da parte dell'interessato in vista di vantaggi connessi alla scelta di riti alternativi. Secondo la Corte, infatti «Né il testo né lo spirito di questa disposizione impediscono che una persona vi rinunci spontaneamente in maniera espressa o tacita. Tuttavia, per essere presa in considerazione sotto il profilo della Convenzione, tale rinuncia deve essere stabilita in maniera non equivoca ed essere accompagnata da un minimo di garanzie corrispondenti alla sua importanza (*Poitrinol c. Francia*, § 31, *Hermi c. Italia*, § 73). Inoltre, essa non deve essere contraria ad alcun interesse pubblico importante (*Håkansson e Sturesson c. Svezia*, § 66, *Sejdovic*, § 86).»

Con riguardo al rito abbreviato italiano, ad esempio, la Corte ha riconosciuto che in caso di condanna l'imputato beneficia di una importante riduzione della pena e la procura non può interporre appello avverso le sentenze di condanna che non modificano la qualificazione giuridica del reato (*Hermi*, § 78, e *Hany c. Italia* (dec.)). Questa procedura, tuttavia, è accompagnata da un'attenuazione delle garanzie processuali offerte dal diritto interno, in particolare per quanto riguarda la pubblicità del dibattimento, la possibilità di chiedere la produzione di elementi di prova e di ottenere la convocazione di testimoni (*Kwiatkowska c. Italia* (dec.)). Nel caso *Scoppola c. Italia* (N.2) la giurisprudenza europea ha inoltre affermato che:

«139. ...un imputato deve poter aspettarsi che lo Stato agisca in buona fede e tenga debitamente conto delle scelte processuali della difesa, utilizzando le possibilità offerte dalla legge. È contrario al principio della sicurezza giuridica e della tutela del principio

di affidamento delle persone sottoposte a giudizio che uno Stato possa, in maniera unilaterale, ridurre i vantaggi derivanti dalla rinuncia ad alcuni diritti inerenti alla nozione di processo equo. Poiché tale rinuncia viene fatta in cambio di detti vantaggi, non si può considerare equo che, una volta che le autorità interne competenti hanno accettato di adottare una procedura semplificata, un elemento fondamentale dell'accordo tra lo Stato e l'imputato venga modificato a svantaggio di quest'ultimo senza il suo consenso. A tale riguardo, la Corte osserva che, se è vero che gli Stati contraenti non sono costretti dalla Convenzione a prevedere delle procedure semplificate (*Hany*, decisione sopra citata), rimane comunque il fatto che, quando tali procedure esistono e vengono adottate, i principi del processo equo impongono di non privare arbitrariamente un imputato dei vantaggi ad esse connessi.»

La Corte europea ha precisato altresì che le garanzie del processo equo si applicano a tutte *le fasi del procedimento penale*, considerandole come un tutt'uno.

Con riguardo alla **fase preliminare al processo (inchiesta, istruttoria)**, la Corte ha chiarito che la garanzia della durata ragionevole e del diritto di difesa rileva anche in questo stadio del procedimento, quando l'equità del processo può risultare gravemente viziata da un'iniziale inosservanza di tali requisiti (*Imbrioscia c. Svizzera*, § 36). Tuttavia, le modalità di applicazione di queste garanzie durante l'inchiesta preliminare dipendono dalle caratteristiche del procedimento e dalle circostanze del caso (*John Murray c. Regno Unito* [GC], § 62). Il "giudice istruttore" non è chiamato a pronunciarsi sulla fondatezza di un'"accusa penale". Ciononostante gli atti da lui compiuti influiscono direttamente sulla condotta e sull'equità del procedimento successivo, ivi compreso il processo propriamente detto. Pertanto, l'articolo 6 § 1 può essere ritenuto applicabile al procedimento istruttorio condotto da un giudice istruttore, anche se alcune delle garanzie processuali previste dall'articolo 6 § 1 possono non trovare applicazione (*Vera Fernández-Huidobro c. Spagna*, §§ 108-114).

L'articolo 6 § 1 si applica dall'inizio alla fine del procedimento ai fini della determinazione della fondatezza di ogni "accusa penale", compresa la fase di **fissazione della pena** (ad esempio, i **procedimenti di confisca** che consentono ai giudici nazionali di valutare l'importo al quale dovrebbe essere fissata l'ordinanza di confisca, nel caso *Phillips c. Regno Unito*, § 39). Sotto il profilo penale, l'articolo 6 può applicarsi anche ad un processo che comporti la demolizione di una casa costruita senza concessione edilizia, misura questa che può essere qualificata come «pena» (*Hamer c. Belgio*, § 60; si veda, rispetto all'articolo 7, la confisca di terreni per illecita lottizzazione in riva al mare nel caso *Sud Fondi Srl ed altri c. Italia* (dec.)). Tuttavia, esso non si applica ad un procedimento riguardante l'adeguamento della condanna originaria al nuovo codice penale più favorevole (*Nourmagomedov c. Russia*, § 50).

Le procedure riguardanti l'**esecuzione della pena**, quali le procedure di richiesta di amnistia (*Montcornet de Caumont c. Francia* (dec.)), le procedure di liberazione condizionale (*Aldrian c. Austria* (dec.)), le procedure di trasferimento coperte dalla Convenzione sul trasferimento delle persone condannate (*Szabó c. Svezia* (dec.)), o le procedure relative all'*exequatur* di un'ordinanza di confisca emessa da un giudice straniero (*Saccoccia c. Austria* (dec.)) non rientrano nel campo penale di applicazione dell'articolo 6.

Le garanzie dell'articolo 6 si applicano, in linea di principio, ai **ricorsi per cassazione** (*Meftah ed altri c. Francia* [GC], § 40) e ai **procedimenti costituzionali** (*Gast e Popp c. Germania*, §§ 65-66; *Caldas Ramirez de Arrellano c. Spagna* (dec.)) quando essi costituiscano una fase ulteriore del relativo procedimento penale e i loro esiti possano essere decisivi per le persone condannate.

Infine, l'articolo 6 non si applica alla **procedura volta alla riapertura di un procedimento**. La persona che, dopo il passaggio in giudicato della propria condanna, chiede la suddetta riapertura non è infatti "*accusata di un reato*" ai sensi di detto articolo (*Fischer c. Austria* (dec.)). Solo i nuovi procedimenti, dopo l'autorizzazione alla riapertura del procedimento, possono essere ritenuti riguardanti la determinazione della fondatezza di un'accusa in materia penale (*Löffler c. Austria*, §§ 18-19). Tuttavia, i procedimenti di revisione che comportano la modifica di una decisione emessa in ultimo grado, rientrano nel profilo penale dell'articolo 6 (*Vanyan c. Russia*, § 58).

Infine occorre ricordare che proprio in riferimento alle garanzie dell'art. 6, la Corte ha chiarito che non rientra nell'ambito del compito di assicurare il rispetto delle obbligazioni assunte dagli Stati con la ratifica della Convenzione, quello di sindacare gli errori di fatto o di diritto eventualmente commessi da una giurisdizione interna, salvo qualora essi ridondino in una violazione dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione (*Schenk c. Svizzera*, §§ 45-46 e *Teixeira de Castro c. Portogallo*, § 34).

## **1. Il diritto di accesso al giudice**

Con riguardo alla materia penale, assunta nella nostra accezione, la violazione del diritto al giudice è stata lamentata nei casi italiani originati dal ritardato esame da parte del Tribunale di sorveglianza dei ricorsi contro le decisioni del Ministro della giustizia in applicazione dell'art. 41*bis* della legge penitenziaria, nei quali la Corte aveva riconosciuto la violazione del diritto ad un ricorso (interno) effettivo garantito dall'art. 13 CEDU (*Messina c. Italia N. 2*).

Nel caso *Ganci c. Italia*, la Corte europea giunge alla dichiarazione di violazione dell'art. 6 – ritenendo pertanto assorbite le doglianze relative all'art. 13 (§ 33) –

precisando, tuttavia, che esso viene qui in rilievo non in quanto si verta in un giudizio avente natura penale nell'accezione forgiata dalla giurisprudenza europea, bensì perché si tratta di un giudizio avente ad oggetto la contestazione di diritti di carattere civile (§ 23). Nella sentenza si legge (§ 31):

« 31. La Cour note d'emblée que la présente espèce comporte une caractéristique essentielle qui la différencie de l'affaire *Messina* (n° 2) citée ci-dessus. En l'espèce, en effet, les juridictions n'ont jamais statué sur le fond des quatre réclamations du requérant tandis que, dans le cas de M. Messina, elles l'avaient fait hors délai.

Or la Cour ne peut que constater que l'absence de toute décision sur le fond des recours a annulé l'impact du contrôle exercé par les tribunaux sur les arrêtés du ministre de la Justice.

Par ailleurs, si la loi applicable prévoit un délai de décision de dix jours seulement, c'est, de l'avis de la Cour, en raison, d'une part, de la gravité de l'impact du régime spécial sur les droits du détenu et, d'autre part, de la validité limitée dans le temps de la décision attaquée.

Dans ces circonstances, la Cour estime que l'absence de décision par le tribunal de surveillance sur les recours déposés contre les arrêtés du ministre de la Justice a violé le droit du requérant à ce que sa cause soit entendue par un tribunal.

Il y a donc eu violation de l'article 6 de la Convention. »

Secondo la Corte europea, inoltre, il diritto al giudice sarebbe illusorio se l'ordine giudiziario interno di uno Stato contraente permettesse che una decisione giudiziaria definitiva ed obbligatoria resti ineseguita a danno di una parte. Per il giudice di Strasburgo, infatti, l'esecuzione di una sentenza, di qualunque giurisdizione si tratti, deve essere considerata come facente parte integrante del processo equo (*Burdov c. Russia* (N.2), § 65, *Hornsby c. Grecia*, § 40)

## **2. La precostituzione per legge del giudice**

Il principio della precostituzione del giudice per legge è il riflesso del principio dello Stato di diritto, e tocca tutto il sistema della Convenzione e dei suoi protocolli. Per la Corte europea, inoltre, l'espressione "établi par la loi" concerne non solamente la base legale dell'istituzione di un tribunale, ma anche la composizione del collegio di ciascun giudizio (*Coëme e altri c. Belgio*, § 99).

Ancora di recente (*Savino e altri c. Italia*, §§94-107) il giudice di Strasburgo ha ribadito che:

« 94....Selon la jurisprudence, l'introduction du terme « établi par la loi » dans l'article 6 § 1 de la Convention a pour objet d'éviter que l'organisation du système judiciaire ne soit laissée à la discrétion de l'Exécutif et de faire en sorte que cette matière soit régie par une loi du Parlement (*Zand c. Autriche*, n° 7360/76, rapport de la Commission du 12 octobre 1978, DR 15, § 69). En outre, dans des pays de droit codifié, l'organisation du système judiciaire ne saurait pas davantage être laissée à la discrétion des autorités judiciaires, ce qui n'exclut cependant pas de leur reconnaître un certain pouvoir d'interprétation de la législation nationale en la matière (*Coëme et autres c. Belgique*, précité, § 98).

D'ailleurs, la Cour rappelle que la délégation de pouvoirs dans des questions touchant à l'organisation judiciaire est acceptable dans la mesure où cette possibilité s'inscrit dans le cadre du droit interne de l'Etat en question, y compris les dispositions pertinentes de la Constitution (*Zand c. Autriche*, précité, §§ 69 et 71).

...

98. La Cour doit maintenant rechercher si la « loi » en question présente les qualités de l'accessibilité et de la prévisibilité.

Les requérants déduisent du fait que le RPJ n'est pas publié au Journal officiel qu'il n'est pas accessible.

De l'avis de la Cour, cet élément n'ntache pas en soi l'accessibilité du RPJ, pourvu que les personnes concernées puissent aisément le consulter. Compte tenu du domaine couvert par ce règlement, à savoir la réglementation des procédures judiciaires internes de la Chambre des députés, sa publication dans un journal à diffusion interne suffit, aux yeux de la Cour, à satisfaire au critère d'accessibilité prévu par la Convention. Par ailleurs, les requérants n'ont pas allégué avoir rencontré de difficultés dans la recherche du texte en question.

Enfin, la Cour observe que les dispositions concernées sont rédigées dans des termes suffisamment clairs pour permettre à tout justiciable de connaître les règles régissant la procédure devant la Commission et la Section (voir, *a contrario*, *Coëme et autres c. Belgique*, précité, § 103). »

### 3. Il diritto ad un giudice (penale) imparziale e indipendente

La Corte europea ha ribadito in più occasioni che è fondamentale che i tribunali di una società democratica ispirino fiducia ai destinatari della giustizia a partire, in ambito penale, dagli imputati (*Padovani c. Italia*, § 27). Per questa ragione l'articolo 6 esige che un tribunale sia imparziale ed indipendente.

Con riguardo alla garanzia dell'*indipendenza* la giurisprudenza europea afferma che per stabilire se un tribunale possa ritenersi indipendente ai fini dell'art. 6 § 1 occorre prendere in considerazione l'esistenza di una protezione rispetto alle pressioni esterne, ed in particolare dell'esecutivo (*Findlay c. Regno Unito* § 73, *Incal c. Turchia* § 65).

Nella sentenza *Kyprianou c. Cipro*, [GC] (§§118-121) il giudice europeo precisa il significato della garanzia di imparzialità che presenta un profilo soggettivo ed uno obiettivo:

« **L'imparzialità** se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris. Son existence peut s'apprécier de diverses manières. La Cour distingue donc entre une **démarche subjective**, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur ou quel était son intérêt dans une affaire particulière, et une **démarche objective** amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime (*Piersack c. Belgique*, arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 1982, série A n° 53, pp. 14-15, § 30, et *Grievés c. Royaume-Uni* [GC], n° 57067/00, § 69, 16 décembre 2003). Quant à la seconde démarche, lorsqu'une juridiction collégiale est en cause, elle conduit à se demander si, indépendamment de l'attitude personnelle de tel ou tel de ses membres, certains faits vérifiables autorisent à mettre en cause l'imparzialità de la juridiction elle-même. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance (*Castillo Algar c. Espagne*, arrêt du 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII, p. 3116, § 45, et *Morel c. France*, n° 34130/96, § 42, CEDH 2000-VI). Pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une raison légitime de redouter d'un organe particulier un défaut d'imparzialità, l'optique de celui qui met en doute l'imparzialità entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si l'on peut considérer les appréhensions de l'intéressé comme objectivement justifiées (*Ferrantelli et Santangelo c. Italie*, arrêt du 7 août 1996, *Recueil* 1996-III, pp. 951-952, § 58, et *Wettstein c. Suisse*, n° 33958/96, § 44, CEDH 2000-XII).

119. Dans le cadre de la démarche subjective, la Cour a toujours considéré que l'imparzialità personnelle d'un magistrat se présume jusqu'à la preuve du contraire (*Hauschildt c. Danemark*, arrêt du 24 mai 1989, série A n° 154, p. 21, § 47). Quant au type de preuve requis, elle a par exemple cherché à vérifier le bien-fondé d'allégations selon lesquelles un juge avait témoigné d'une hostilité ou malveillance quelconque

envers l'accusé ou, mû par des motifs d'ordre personnel, s'était arrangé pour obtenir l'attribution d'une affaire (*De Cubber*, arrêt précité, p. 14, § 25). Le principe selon lequel un tribunal doit être présumé exempt de préjugé ou de partialité est depuis longtemps établi dans la jurisprudence de la Cour (voir, par exemple, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, arrêt du 23 juin 1981, série A n° 43, p. 25, § 58). Il reflète un élément important de la prééminence du droit, à savoir que le verdict du tribunal est définitif et a force obligatoire, à moins d'être écarté par une juridiction supérieure pour irrégularité ou manque d'équité. Ce principe doit s'appliquer pareillement à tous types de tribunaux, y compris à ceux comportant un jury (*Holm c. Suède*, arrêt du 25 novembre 1993, série A n° 279-A, p. 14, § 30). Même si dans certains cas il peut s'avérer difficile de fournir des preuves permettant de renverser la présomption, l'exigence d'impartialité objective fournit, il convient de le rappeler, une garantie importante de plus (*Pullar c. Royaume-Uni*, arrêt du 10 juin 1996, *Recueil* 1996-III, p. 793, § 32). En d'autres termes, la Cour reconnaît la difficulté d'établir l'existence d'une violation de l'article 6 pour partialité subjective. C'est la raison pour laquelle, dans la très grande majorité des affaires soulevant des questions de partialité, elle a eu recours à la démarche objective. La frontière entre les deux notions n'est cependant pas hermétique car non seulement la conduite même d'un juge peut, du point de vue d'un observateur extérieur, entraîner des doutes objectivement justifiés quant à son impartialité (démarche objective) mais elle peut également toucher à la question de sa conviction personnelle (démarche subjective).

120. La Cour a par exemple déclaré que la plus grande discrétion s'impose aux autorités judiciaires lorsqu'elles sont appelées à juger, car il y va de leur image de juges impartiaux. Cette discrétion doit les amener à ne pas utiliser la presse, même pour répondre à des provocations. Ainsi le veulent les impératifs supérieurs de la justice et la grandeur de la fonction judiciaire (*Buscemi c. Italie*, n° 29569/95, § 67, CEDH 1999-VI). Ainsi, lorsqu'un magistrat emploie publiquement des expressions trahissant une appréciation négative de la cause du requérant avant de présider le tribunal appelé à trancher l'affaire, ses déclarations sont de nature à justifier objectivement les craintes du requérant quant à son impartialité (*ibidem*, § 68). Par ailleurs, dans une autre affaire, la Cour a considéré cette question sous l'angle de la démarche subjective dans une situation où un juge avait critiqué l'attitude de la défense et exprimé son étonnement devant le fait que le requérant plaidât non coupable (*Lavents c. Lettonie*, n° 58442/00, §§ 118-119, 28 novembre 2002).

121. Une analyse de la jurisprudence de la Cour permet de distinguer deux types de situations susceptibles de dénoter un défaut d'impartialité du juge. Le premier, d'ordre

fonctionnel, regroupe les cas où la conduite personnelle du juge n'est absolument pas en cause mais où, par exemple, l'exercice par la même personne de différentes fonctions dans le cadre du processus judiciaire (*Piersack*, arrêt précité) ou des liens hiérarchiques ou autres avec un autre acteur de la procédure (voir les affaires de cours martiales, par exemple *Grievés*, arrêt précité, et *Miller et autres c. Royaume-Uni*, n<sup>os</sup> 45825/99, 45826/99 et 45827/99, 26 octobre 2004) suscitent des doutes objectivement justifiés quant à l'impartialité du tribunal, lequel ne répond donc pas aux normes de la Convention selon la démarche objective (paragraphe 118 ci-dessus). Le second type de situations est d'ordre personnel et se rapporte à la conduite des juges dans une affaire donnée. D'un point de vue objectif, pareille conduite peut suffire à fonder des craintes légitimes et objectivement justifiées, comme dans l'affaire *Buscemi* précitée, mais peut également poser problème dans le cadre de la démarche subjective (voir, par exemple, l'affaire *Lavents* précitée), voire révéler des préjugés personnels de la part des juges. A cet égard la réponse à la question de savoir s'il y a lieu de recourir à la démarche objective, à la démarche subjective ou aux deux dépend des circonstances de la conduite litigieuse.»

#### **4. Il principio della ragionevole durata del processo penale**

Il carattere ragionevole della durata di un procedimento, indipendentemente dalla sua natura, si apprezza sulla base delle circostanze della causa, tenendo conto della sua complessità, del comportamento del ricorrente e del comportamento delle autorità competenti (tra le molte, *Vernillo c. Francia*, § 30).

Con specifico riferimento alla materia penale, la Corte europea ha chiarito che il termine ragionevole di cui all'art. 6 § 1 si computa a partire dal momento in cui una persona viene accusata, vale a dire dal momento in cui riceve la notifica dell'atto di avvio del procedimento penale da parte delle autorità competenti, atto che può avere "ripercussioni importanti sulla situazione" del sospettato (*Deweer c. Belgio*, § 46 e *Eckel c. Germania*, § 73).

Nel caso *Mcfarlane c. Irlanda* [GC] (§§ 148-151) la Corte ribadisce i comportamenti che debbono essere tenuti dalle parti e dalle autorità ai fini della valutazione della ragionevole durata:

«148. La Cour rappelle que les requérants peuvent user de toutes les voies procédurales pertinentes qu'offre le droit interne et notamment solliciter la cessation des poursuites pour cause de délais excessifs, mais qu'ils doivent agir avec diligence et supporter les conséquences si ces démarches provoquent des retards (*Jordan c.*

*Royaume-Uni* (n° 2), n° 49771/99, § 44, 10 décembre 2002, et *Boczoń c. Pologne*, n° 66079/01, § 51, 30 janvier 2007).

...

151. Pour ce qui est du comportement des autorités compétentes, la Cour a déjà dit que l'Etat doit faire preuve d'une célérité particulière lorsque la procédure pénale s'ouvre alors qu'un délai important s'est écoulé depuis les événements litigieux (voir, par exemple, *Massey c. Royaume-Uni*, n° 14399/02, § 27, 16 novembre 2004). ...

152... la Cour rappelle avoir conclu dans l'affaire *Mitchell et Holloway* que, même si un système juridique permet à une partie de demander l'accélération de la procédure, cela ne dispense pas les tribunaux de veiller au respect de l'exigence de délai raisonnable prévue par l'article 6 étant donné que « le devoir de diligence dans l'administration de la justice incombe en premier lieu aux autorités compétentes ». Dans l'affaire *Bullen et Soneji c. Royaume-Uni* (n° 3383/06, §§ 65-66, 8 janvier 2009), la Cour a jugé que même le fait que le requérant eût accepté une date d'audience plus tardive ne dispensait pas l'Etat de l'obligation de veiller à la célérité de la procédure. Elle a déjà dit par ailleurs que, même si le droit interne prévoit en matière civile que la responsabilité de l'avancement de la procédure incombe aux parties, l'Etat demeure tenu d'organiser son système judiciaire de façon que les affaires soient traitées dans un laps de temps raisonnable et que, si un Etat permet que la procédure se poursuive au-delà d'un « délai raisonnable » sans rien tenter pour la faire progresser, il est réputé responsable du retard provoqué (*Foley c. Royaume-Uni*, n° 39197/98, § 40, 22 octobre 2002, et *Price et Lowe c. Royaume-Uni*, nos 43185/98 et 43186/98, § 23, 29 juillet 2003). Ces principes s'appliquent *a fortiori* lorsque l'Etat est lui-même partie à la procédure et responsable des poursuites (*Crowther c. Royaume-Uni*, n° 53741/00, § 29, 1<sup>er</sup> février 2005).»

## **5. Il principio di pubblicità delle udienze: sue limitazioni**

La garanzia di una pubblica udienza costituisce, per la giurisprudenza europea, un principio fondamentale consacrato nell'art. 6 § 1. Tale principio riveste una importanza particolare in materia penale, la quale esige che ci sia un tribunale di prima istanza pienamente rispondente alle esigenze dell'art. 6 (*Findlay c. Regno Unito*, § 79), tribunale dal quale un "soggetto giudicabile" (*justiciable*) possa legittimamente esigere di essere sentito e di beneficiare della possibilità di esporre oralmente i suoi mezzi di difesa, di conoscere le deposizioni a suo carico e di interrogare e controinterrogare i testimoni.

L'obbligo di tenere una pubblica udienza non è assoluto (*Håkansson e Sturesson c. Svezia*, § 66). L'articolo 6 non esige necessariamente che sia prevista una udienza in tutte le procedure, come nel caso in cui la causa non sollevi "questioni di credibilità" o non susciti controversie sui fatti che avrebbero richiesto una udienza, e per le quali i tribunali possono decidere in maniera equa e ragionevole sulla base delle conclusioni presentate dalle parti (*Döry c. Svezia*, § 37; da confrontare con *Salomonsson c. Svezia*, § 39; si v. anche *Göç c. Turchia* [GC], § 51).

Le autorità nazionali possono tener conto, per la Corte europea, degli imperativi di efficacia e di economia processuale, giudicando per esempio che l'organizzazione sistematica di udienze può costituire un ostacolo alla particolare diligenza richiesta in materia di sicurezza sociale e, persino, può impedire il rispetto della durata ragionevole garantito dall'art. 6 § 1 (*Schuler-Zgraggen c. Svizzera*, § 58). Tuttavia quando un procedimento si svolge dinanzi ad giudice di unica istanza, una udienza deve avere luogo salvo che sussistano circostanze eccezionali che ne giustifichino l'assenza (tra le molte *Håkansson e Sturesson*, § 64). L'esistenza di simili circostanze dipende essenzialmente dalla natura delle questioni di cui sono investiti i tribunali interni, e non dalla frequenza delle liti nelle quali esse si pongono. Questo non significa che il rigetto di una domanda di tenere una udienza non possa giustificarsi che in rare occasioni (*Miller c. Svezia*, § 29). Con specifico riguardo alla procedura penale, la Corte ha ribadito anche di recente che:

« 43....S'il est vrai que les affaires mentionnées ci-dessus, pour lesquelles la tenue d'une audience n'a pas été jugée nécessaire, se rapportaient à des procédures relevant du volet civil de l'article 6 § 1 et que les exigences du procès équitable sont plus rigoureuses en matière pénale, la Cour n'exclut pas que, dans le cadre de certaines procédures pénales, les tribunaux saisis puissent, en raison de la nature des questions qui se posent, se dispenser de tenir une audience. S'il faut garder à l'esprit que les procédures pénales, qui ont pour objet la détermination de la responsabilité pénale et l'imposition de mesures à caractère répressif et dissuasif, revêtent une certaine gravité, il va de soi que certaines d'entre elles ne comportent aucun caractère infamant pour ceux qu'elles visent et que les « accusations en matière pénale » n'ont pas toutes le même poids. De surcroît, en adoptant une interprétation autonome de la notion d'«accusation en matière pénale » par application des critères *Engel*, les organes de la Convention ont jeté les bases d'une extension progressive de l'application du volet pénal de l'article 6 à des domaines qui ne relèvent pas formellement des catégories traditionnelles du droit pénal, telles que les contraventions administratives (*Öztürk*, précité), les punitions pour manquement à la discipline pénitentiaire (*Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, 28 juin 1984, série A n° 80), les infractions douanières (*Salabiaku c. France*, 7 octobre 1988, série A n° 141-A), les sanctions pécuniaires infligées pour violation du droit de la concurrence (*Société Stenuit c. France*, 27 février 1992, série A n° 232-A) et les amendes infligées par des juridictions financières (*Guisset c. France*, n°

33933/96, CEDH 2000-IX). Les majorations d'impôt ne faisant pas partie du noyau dur du droit pénal, les garanties offertes par le volet pénal de l'article 6 ne doivent pas nécessairement s'appliquer dans toute leur rigueur (arrêts *Bendenoun* et *Janosevic*, précités, §§ 46 et 81 respectivement, dans lesquels la Cour a jugé que des autorités administratives ou des organes non judiciaires statuant en premier ressort pouvaient infliger des sanctions pénales sans enfreindre l'article 6 § 1, et, *a contrario*, l'arrêt *Findlay*, précité).

...

47. La Cour ne doute pas qu'une procédure écrite puisse souvent se révéler plus efficace qu'une procédure orale pour le contrôle de l'exactitude des déclarations de situation patrimoniale faites par les contribuables ainsi que de l'existence et de la régularité des justificatifs produits. Elle n'est pas convaincue par la thèse du requérant selon laquelle se posaient en l'espèce des questions de crédibilité appelant un débat sur les éléments de preuve ou une audition contradictoire de témoins et juge pertinent l'argument du Gouvernement selon lequel tous les points de fait et de droit susceptibles de surgir dans cette affaire pouvaient être examinés et tranchés de manière adéquate sur la base des écritures des parties. »

Quanto alle limitazioni alla pubblica udienza, la giurisprudenza europea ha precisato (*Bocellari e Rizza c. Italia* § 36) che:

«(...) l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice » ; le huis clos, qu'il soit total ou partiel, doit alors être strictement commandé par les circonstances de l'affaire (voir, par exemple, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Diennet c. France*, du 26 septembre 1995, Série A n° 325-A, § 34). »

Merita di essere richiamata qui la giurisprudenza europea concernente i casi di violazione della garanzia della pubblica udienza nell'ambito del procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione. Nel caso *Bocellari e Rizza* §§ 38-41 e da ultimo ancora in *Capitani e Campanella c. Italia*), la Corte osserva:

«38. En l'espèce, le déroulement en chambre du conseil des procédures visant l'application des mesures de prévention, tant en première instance qu'en appel, est expressément prévu par l'article 4 de la loi n° 1423 de 1956 et les parties n'ont pas la possibilité de demander et d'obtenir une audience publique. D'ailleurs, le Gouvernement

lui-même exprime des doutes quant aux chances de succès d'une éventuelle demande de débats publics provenant des parties.

39. La Cour est sensible au raisonnement du Gouvernement selon lequel des intérêts supérieurs, tels que la protection de la vie privée de mineurs ou de tierces personnes indirectement concernées par le contrôle financier, peuvent parfois entrer en jeu dans ce type de procédure. Par ailleurs, la Cour ne doute pas qu'une procédure tendant pour l'essentiel au contrôle des finances et des mouvements de capitaux puisse présenter un degré élevé de technicité. Cependant, il ne faut pas perdre de vue l'enjeu des procédures de prévention et les effets qu'elles sont susceptibles de produire sur la situation personnelle des personnes impliquées.

40. La Cour observe que ce genre de procédure vise l'application de la confiscation de biens et de capitaux, ce qui met directement et substantiellement en cause la situation patrimoniale du justiciable. Face à un tel enjeu, on ne saurait affirmer que le contrôle du public ne soit pas une condition nécessaire à la garantie du respect des droits de l'intéressé (voir *Martinie*, précité, § 43 et, à *contrario*, *Jussila c. Finlande* [GC], n° 73053/01, § 48, CEDH 2006-...).

41. En résumé, la Cour juge essentiel que les justiciables impliqués dans une procédure d'application des mesures de prévention se voient pour le moins offrir la possibilité de solliciter une audience publique devant les chambres spécialisées des tribunaux et des cours d'appel.

En l'espèce, les requérants n'ont pas bénéficié de cette possibilité. Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

## **6. Il principio della presunzione di innocenza e il diritto al silenzio**

Nella giurisprudenza europea il principio della presunzione di innocenza e il diritto al silenzio ( non espressamente previsisto nella disposizione convenzionale in esame) rappresentano elementi importanti della nozione di equo processo.

Con riguardo al diritto al silenzio, nella sentenza *Jalloh c. Germania* (§§ 94-102), la Grande Camera ha affermato:

« 100. Quant à l'utilisation d'éléments de preuve obtenus en violation du droit de garder le silence et du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, la Cour rappelle que ces droits sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable consacrée par l'article 6. Leur raison d'être

tient notamment à la protection de l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités, ce qui évite les erreurs judiciaires et permet d'atteindre les buts de l'article 6. En particulier, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé (voir, notamment, *Saunders*, arrêt précité, § 68, *Heaney et McGuinness*, arrêt précité, § 40, *J.B. c. Suisse*, n° 31827/96, § 64, CEDH 2001-III, et *Allan*, arrêt précité, § 44).

101. Pour rechercher si une procédure a anéanti la substance même du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, la Cour doit examiner en particulier les éléments suivants : la nature et le degré de la coercition, l'existence de garanties appropriées dans la procédure et l'utilisation qui est faite des éléments ainsi obtenus (voir, par exemple, *Tirado Ortiz et Lozano Martin c. Espagne* (déc.), n° 43486/98, CEDH 1999-V, *Heaney et McGuinness*, arrêt précité, §§ 51-55, et *Allan*, arrêt précité, *ibidem*).

102. Toutefois, selon la jurisprudence constante de la Cour, le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne en premier lieu le respect de la détermination d'un accusé à garder le silence. Tel qu'il s'entend communément dans les ordres juridiques des Parties contractantes à la Convention et ailleurs, il ne s'étend pas à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang, d'urine, de cheveux et de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN ou encore les échantillons de voix (*Saunders*, arrêt précité, § 69, *Choudhary c. Royaume-Uni* (déc.), n° 40084/98, 4 mai 1999, *J.B. c. Suisse*, arrêt précité, § 68, et *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, arrêt précité, § 80). »

Quanto alla presunzione di innocenza garantita dal § 2 dell'art. 6, ancora di recente (*Klouvi c. Francia*, §§ 39-41) la Corte europea ha ribadito che:

« 39... la présomption d'innocence se trouve méconnue si, sans établissement légal préalable de la culpabilité d'un prévenu et, notamment, sans que ce dernier ait eu l'occasion d'exercer les droits de la défense, une décision judiciaire le concernant reflète le sentiment qu'il est coupable (*Minelli c. Suisse*, 25 mars 1983, § 37, série A n° 62).

...

41. Tout système juridique connaît des présomptions de fait ou de droit; la Convention n'y met évidemment pas obstacle en principe, mais en matière pénale elle oblige les États contractants à ne pas dépasser à cet égard un certain seuil. Si le paragraphe 2 de l'article 6 se bornait à énoncer une garantie à respecter par les magistrats pendant le déroulement des instances judiciaires, ses exigences se confondraient en pratique, dans une large mesure, avec le devoir d'impartialité qu'impose le paragraphe 1. Surtout, le législateur national pourrait à sa guise priver le juge du fond d'un véritable pouvoir d'appréciation, et vider la présomption d'innocence de sa substance, si les mots "légalement établie" impliquaient un renvoi inconditionnel au droit interne. Un tel résultat ne saurait se concilier avec l'objet et le but de l'article 6 qui, en protégeant le droit de chacun à un procès équitable et notamment au bénéfice de la présomption d'innocence, entend consacrer le principe fondamental de la prééminence du droit. L'article 6 § 2 ne se désintéresse donc pas des présomptions de fait ou de droit qui se rencontrent dans les lois répressives. Il commande aux États de les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense (*Salabiaku c. France*, 7 octobre 1988, § 28, série A n° 141-A). »

## **7. Il diritto di difesa**

La giurisprudenza europea ha chiarito che le esigenze del paragrafo 3, concernenti la garanzia del diritto di difesa, rappresentano aspetti particolari del diritto ad un equo processo garantito dal paragrafo 1 dell'articolo 6 (si veda, tra le tante *Van Geyseghem c. Belgio* [GC], § 27).

### ***7.1. Il diritto ad essere informato dell'accusa (e il diritto all'interprete)***

L'atto di accusa riveste un ruolo determinante nel processo penale, dato che a partire dalla sua notificazione l'imputato è ufficialmente avvisato per iscritto della base giuridica e delle circostanze di fatto che gli vengono contestate (*Kamasinski c. Austria*, sentenza del 19 dicembre 1989, § 79).

Pertanto l'art. 6 § 3 a) riconosce all'imputato il diritto di essere informato non soltanto delle ragioni dell'accusa, ma anche, in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica data ai fatti (*Pélissier e Sassi c. Francia*, , § 51. L'estensione dell'informazione dettagliata varia a seconda delle circostanze particolari della causa, tuttavia, l'accusato deve disporre degli elementi sufficienti per comprendere pienamente le accuse a suo carico in vista della preparazione della sua difesa. Il carattere adeguato

delle informazioni deve valutarsi in relazione all'alinea b) del § 3 dell'art. 6 CEDU, il quale riconosce a tutte le persone il diritto di disporre del tempo e delle agevolazioni necessarie alla preparazione della difesa (si v. ancora *Pélissier e Sassi*, § 54).

Le disposizioni dell'articolo 6 § 3 a) non impongono alcuna forma particolare per quanto riguarda il modo in cui l'imputato deve essere informato della natura e del motivo dell'accusa formulata nei suoi confronti. Esiste peraltro un legame tra i commi a) e b) dell'articolo 6 § 3, e il diritto di essere informato della natura e del motivo dell'accusa deve essere considerato alla luce del diritto per l'imputato di preparare la sua difesa (*Pélissier e Sassi c. Francia* §§ 52-54). Se i giudici di merito dispongono, quando tale diritto è loro riconosciuto nel diritto interno, della possibilità di riquilibrare i fatti per i quali sono stati regolarmente aditi, essi devono assicurarsi che gli imputati abbiano avuto l'opportunità di esercitare i loro diritti di difesa su questo punto in maniera concreta ed effettiva. Ciò implica che essi vengano informati in tempo utile non solo del motivo dell'accusa, cioè dei fatti materiali che vengono loro attribuiti e sui quali si fonda l'accusa, ma anche, e in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica data a tali fatti.

Quanto allo straniero la Corte chiarisce che il diritto garantito al § 3 lett. e) dell'art. 6 CEDU **all'assistenza gratuita di un interprete** significa che l'accusato, il quale non comprenda o non parli la lingua impiegata nel giudizio ha diritto all'assistenza gratuita di un interprete, al fine di ottenere la traduzione o l'interpretazione di tutti gli atti di causa perché possa beneficiare di un giusto processo. La lett. e) § 3 dell'art. 6 non esige una traduzione scritta di tutte le prove documentali o dei documenti ufficiali contenuti nel fascicolo: il testo della disposizione parlando di "interprete" e non di "traduttore", lascia pensare che un'assistenza linguistica orale possa soddisfare le esigenze della Convenzione. Ciò non significa che l'assistenza prestata debba permettere all'imputato di conoscere l'accusa e di difendersi, specialmente dando al tribunale la sua versione dei fatti. Il diritto garantito deve essere concreto ed effettivo, perciò le autorità competenti non devono limitarsi a nominare un interprete, ma devono esercitare un controllo ulteriore sulla validità dell'interpretazione assicurata. (si v. *Kamasinski*, § 74).

Nel caso *Husain c. Italia*, decisione del 24.2.2005 (ric. n. 18913/03) la Corte dichiara irricevibile il ricorso per manifesta infondatezza, dato che al momento della notifica dell'estratto della sentenza contumaciale il ricorrente era stato assistito da un interprete, non si era lamentato della qualità della traduzione orale e non è stato dimostrato che questa fosse stata inefficace.

## **7.2 Il diritto di disporre del tempo e delle facilitazioni per preparare la difesa e il diritto di difendersi personalmente o attraverso un legale**

Sulla giurisprudenza relativa alle garanzie previste dall'art. 6 § 3 alle lettere b) e c) la Corte europea si sofferma nella sentenza *Galstyan c. Armenia* (§§ 84-92), in cui si legge:

«(i) The right to have adequate time and facilities for the preparation of his defence

84. The Court recalls that Article 6 § 3 (b) guarantees the accused “adequate time and facilities for the preparation of his defence” and therefore implies that the substantive defence activity on his behalf may comprise everything which is “necessary” to prepare the main trial. The accused must have the opportunity to organise his defence in an appropriate way and without restriction as to the possibility to put all relevant defence arguments before the trial court and thus to influence the outcome of the proceedings (see *Can v. Austria*, no. 9300/81, Commission's report of 12 July 1984, Series A no. 96, § 53; *Connolly v. the United Kingdom* (dec.), no. 27245/95, 26 June 1996; *Mayzit v. Russia*, no. 63378/00, § 78, 20 January 2005). Furthermore, the facilities which everyone charged with a criminal offence should enjoy include the opportunity to acquaint himself for the purposes of preparing his defence with the results of investigations carried out throughout the proceedings (see *C.G.P. v. the Netherlands*, (dec.), no. 29835/96, 15 January 1997; *Foucher v. France*, judgment of 18 March 1997, *Reports* 1997-II, §§ 26-38). The issue of adequacy of time and facilities afforded to an accused must be assessed in the light of the circumstances of each particular case.

(ii) The right to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing

89. The Court reiterates that, although not absolute, the right of everyone charged with a criminal offence to be effectively defended by a lawyer, assigned officially if need be, is one of the fundamental features of a fair trial (see *Krombach v. France*, no. 29731/96, § 89, ECHR 2001-II). Furthermore, Article 6 may also be relevant before a case is sent for trial and in so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with it (see *Imbrioscia v. Switzerland*, judgment of 24 November 1993, Series A no. 275, p. 13, § 36; *Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, § 131, ECHR 2005-...). The manner in which Article 6 §§ 1 and 3 (c) are applied during the investigation depends on the special features of the proceedings and the facts of the case. Article 6 will normally require that the accused be allowed to benefit from the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation (see *John Murray v. the United Kingdom*, judgment of 8 February 1996,

*Reports of Judgments and Decisions* 1996-I, pp. 54-55, § 63; *Öcalan*, cited above, § 131). The Court further recalls that the right of an accused to participate effectively in a criminal trial includes, in general, not only the right to be present, but also the right to receive legal assistance, if necessary (see *Lagerblom v. Sweden*, no. 26891/95, 14 January 2003, § 49)».

### **7.3. Il diritto di partecipare personalmente al processo**

Sin dalla celebre sentenza *Colozza c. Italia* la Corte europea ha affermato che sebbene non sia menzionata espressamente nell'art. 6 § 1, la facoltà per l'accusato di partecipare all'udienza si ricava dall'oggetto e dallo scopo dell'intero articolo. Del resto senza la presenza dell'accusato non si comprenderebbero le lettere c), d) ed e) del paragrafo 3 che gli riconoscono il diritto di "difendersi da sé", di "interrogare o far interrogare i testimoni" e di "farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nell'udienza". La Corte europea non ha bisogno di stabilire se ed a quali condizioni un imputato può rinunciare alla comparizione in udienza, perché in ogni caso, secondo la sua costante giurisprudenza, la rinuncia all'esercizio di un diritto garantito dalla Convenzione deve essere accertata in modo inequivoco.

Quando una legislazione nazionale autorizza lo svolgimento di un processo nonostante l'assenza di un "accusato" l'interessato deve, una volta al corrente del procedimento, poter ottenere che un organo giurisdizionale si pronunci di nuovo, dopo averlo ascoltato, sulla fondatezza dell'accusa portata contro di lui.

In caso di serio dubbio circa l'effettiva comunicazione all'imputato della pendenza a suo carico e della data dell'udienza, spetta alle autorità nazionali svolgere con diligenza le verifiche necessarie per assicurarsi che i principi dell'equo processo siano stati rispettati. In caso di mancanza o insufficienza di tali verifiche, lo Stato risponde di fronte alla Corte di Strasburgo. In caso di violazione dei diritti procedurali di cui all'art. 6 della Convenzione, la Corte non può speculare sui risultati cui sarebbe pervenuta la procedura nazionale se la norma sull'equo processo fosse stata rispettata. Essa non può pertanto riconoscere danni legati alla carcerazione subita in esecuzione della pena, mancando un accertato nesso di causalità tra violazione constatata e danno allegato (*Somogy c. Italia*).

La giurisprudenza europea ha inoltre chiarito che sebbene né il testo né lo spirito dell'articolo 6 impediscano ad una persona di rinunciare spontaneamente alle garanzie di un processo equo in maniera espressa o tacita, tuttavia, per essere presa in considerazione sotto il profilo della Convenzione, la rinuncia al diritto di partecipare all'udienza deve essere stabilita in modo non equivoco ed essere accompagnata da un minimo di garanzie corrispondenti alla sua gravità. Essa non deve contrastare, inoltre, con alcun interesse pubblico importante.

Prima che si possa concludere che un imputato ha implicitamente rinunciato, con il proprio comportamento, a un diritto importante sotto il profilo dell'articolo 6 de la Convenzione, è necessario stabilire se egli ha potuto ragionevolmente prevedere le conseguenze del comportamento in questione. E' necessario che non sia l'imputato a dover dimostrare che non intendeva sottrarsi alla giustizia o che la sua assenza era dovuta a un caso di forza maggiore ( *Sejdovic c. Italia* [GC]).

Da ultimo va osservato che la giurisprudenza europea ritiene che il legislatore nazionale può scoraggiare astensioni ingiustificate, ma non può sanzionarle attraverso la privazione dell'assistenza di un avvocato, assistenza che rappresenta uno degli elementi fondamentali del giusto processo. Un imputato non ne perde il beneficio a causa della sua assenza: le esigenze legittime della presenza degli imputati al dibattimento possono essere assicurate attraverso strumenti diversi dalla perdita del diritto di difesa.

Nel caso *Harizi c. Francia*, il ricorrente, cittadino algerino residente in Francia, viene processato per essersi rifiutato di ottemperare ad un ordine di espulsione. Assolto in primo grado per illegittimità formale dell'atto ministeriale, è condannato in secondo grado, senza avere la possibilità di difendersi, essendo stato sottoposto nel frattempo alla misura dell'allontanamento coattivo dal territorio francese e non avendo ottenuto dalle autorità il necessario temporaneo lascia-passare. La Corte ha giudicato la sua condanna in contumacia incompatibile con l'art. 6 CEDU.

#### **7.4. Il principio del contraddittorio e della parità delle armi**

La Corte europea ha varie volte sottolineato come il *principio della parità delle armi* e il diritto di difesa siano elementi della più ampia nozione di processo equo (*Ekbatani*, §. 30), la quale ha subito una evoluzione nella giurisprudenza della Corte, segnata in particolare dall'importanza attribuita alle apparenze e alla accresciuta sensibilità del pubblico rispetto alle garanzie di una buona giustizia (tra le molte *Piersack c. Belgio*, §. 30 e *Campbell et Fell c. Regno Unito*, § 18).

Vengono qui in rilievo in particolare i numerosi casi in cui la Corte europea ha ritenuto contrastante con il principio della parità delle armi la partecipazione del pubblico ministero o dell'avvocato generale alle deliberazioni della Corte di cassazione francese e di quella belga (*Borgers c. Belgio*; *Reinhardt e Slimane-Kaïd c. Francia*, *Menet c. Francia e Lacas c. Francia*).

Il *principio del contraddittorio* garantisce che gli elementi di prova siano in linea di massima raccolti in presenza dell'imputato ed in pubblica udienza (*Ogaristi c. Italia*, § 55).

Tale principio conosce delle eccezioni, le quali possono tuttavia essere accettate solo se vengono fatti salvi i diritti della difesa. Di norma, i paragrafi 1 e 3 d) dell'articolo 6 prevedono che l'accusato abbia occasione adeguata e sufficiente di

contestare una testimonianza a carico e di esaminarne l'autore, al momento della deposizione o in seguito (*Lüdi c. Svizzera*, § 49 e *Van Mechelen ed altri c. Paesi Bassi*, § 51).

La Corte ha precisato più volte (*Isgrò c. Italia*, § 34, e *Lüdi*, § 47) che in alcune circostanze può rendersi necessario per le autorità giudiziarie ricorrere a deposizioni rese nella fase delle indagini preliminari. Se l'imputato ha avuto occasione adeguata e sufficiente di contestare dette deposizioni, nel momento in cui sono state rese o in seguito, il loro utilizzo non è di per sé contrario all'articolo 6 §§ 1 e 3 d). Tuttavia, i diritti della difesa risultano limitati in modo incompatibile con le garanzie dell'articolo 6, nel caso in cui una condanna si basi, unicamente o in misura determinante, su deposizioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto esaminare o far esaminare, né durante le indagini preliminari, né in dibattimento (*Lucà cit.*, § 40, *A.M. c. Italia*, § 25, e *Saïdi c. Francia*, §§ 43-44).

#### ***7.5. Diritto di difesa e limiti all'utilizzabilità di prove assunte in violazione di diritti garantiti dalla Convenzione***

Benché la Corte abbia ripetutamente puntualizzato di non potersi pronunciare, in linea di principio, né sulla ricevibilità di certi elementi di prova, per esempio degli elementi ottenuti in modo illegale dal punto di vista del diritto interno, né sulla colpevolezza del ricorrente, ad essa spetta valutare se il procedimento, ivi compresa la maniera in cui gli elementi di prova sono stati raccolti, è stato equo nel suo insieme (*Khan c. Regno Unito*, § 34, *P.G. e J.H. c. Regno Unito*, § 76, *Allan c. Royaume-Uni*, § 42). E per determinare l'equità del procedimento nel suo insieme la Corte si sofferma a verificare se i diritti della difesa sono stati rispettati.

Ricorda la Corte (*Jalloh c. Germania*, [GC] §§ 96-102; ma si v. anche *Gafgen c. Germania* [GC] §§162-188):

« 96.... Il faut rechercher notamment si le requérant s'est vu offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation. Il faut prendre également en compte la qualité de l'élément de preuve, dont le point de savoir si les circonstances dans lesquelles il a été recueilli font douter de sa fiabilité ou de son exactitude. Si un problème d'équité ne se pose pas nécessairement lorsque la preuve obtenue n'est pas corroborée par d'autres éléments, il faut noter que lorsqu'elle est très solide et ne prête à aucun doute, le besoin d'autres éléments à l'appui devient moindre (voir, notamment, les arrêts *Khan*, §§ 35 et 37, et *Allan*, § 43).

97. Les exigences générales d'équité posées à l'article 6 s'appliquent à toutes les procédures pénales, quel que soit le type d'infraction concerné. Il reste que, pour déterminer si la procédure dans son ensemble a été équitable, le poids de l'intérêt public à la poursuite de l'infraction particulière en question et à la sanction de son auteur peut

être pris en considération et mis en balance avec l'intérêt de l'individu à ce que les preuves à charge soient recueillies légalement. Néanmoins, les préoccupations d'intérêt général ne sauraient justifier des mesures vidant de leur substance même les droits de la défense d'un requérant, y compris celui de ne pas contribuer à sa propre incrimination garanti par l'article 6 de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Heaney et McGuinness c. Irlande*, n° 34720/97, §§ 57-58, CEDH 2000-XII).

98. En ce qui concerne en particulier l'examen de la nature de la violation de la Convention constatée, la Cour rappelle qu'elle a relevé notamment dans les affaires *Khan* (arrêt précité, §§ 25-28) et *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni* (arrêt précité, §§ 37-38) que l'emploi d'appareils d'écoute secrète était contraire à l'article 8, puisque le recours à de tels dispositifs était dépourvu de base en droit interne et que l'ingérence dans l'exercice par les requérants concernés du droit au respect de leur vie privée n'était pas « prévue par la loi ». Néanmoins, l'admission comme preuves des informations ainsi obtenues ne se heurtait pas dans les circonstances de ces affaires aux exigences d'équité posées par l'article 6 § 1.

99. Des considérations différentes valent toutefois pour les éléments recueillis au moyen d'une mesure jugée contraire à l'article 3. Une question peut se présenter sous l'angle de l'article 6 § 1 relativement à des éléments obtenus au mépris de l'article 3 de la Convention, même si le fait de les avoir admis comme preuves ne fut pas décisif pour la condamnation du suspect (*İçöz c. Turquie* (déc.), n° 54919/00, 9 janvier 2003, et *Koç c. Turquie* (déc.), n° 32580/96, 23 septembre 2003). La Cour rappelle à cet égard que l'article 3 consacre l'une des valeurs les plus fondamentales des sociétés démocratiques. Même dans des situations extrêmement difficiles, telles que la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines et traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime. L'article 3 ne prévoit pas d'exceptions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention, et il ne souffre nulle dérogation en vertu de l'article 15 § 2 même en cas de danger public menaçant la vie de la nation (voir, notamment, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 79, *Recueil* 1996-V, et *Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, § 95, CEDH 1999-V).»

## 8. Le garanzie del minore nel procedimento penale

Per la prima volta nel caso *V. c. Regno Unito* la Corte europea è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione dell'applicabilità ad un procedimento penale nei confronti di un minore della garanzia dell'accusato di partecipare al processo.

Nella sentenza si legge (§§ 85-91):

«85. La Cour relève que l'article 6, lu comme un tout, reconnaît à l'accusé le droit de participer réellement à son procès (arrêt Stanford précité, *loc. cit.*).

A ce jour, elle n'avait pas encore été appelée à examiner la question de l'applicabilité de cette garantie de l'article 6 § 1 à une procédure pénale diligentée contre un enfant et, en particulier, le point de savoir s'il faut renoncer, s'agissant des mineurs, aux modalités passant généralement pour protéger les droits des adultes traduits en jugement, telles que la publicité des débats, afin de favoriser la compréhension et la participation des intéressés (mais voir l'arrêt Nortier c. Pays-Bas du 24 août 1993, série A n° 267, et, en particulier, les opinions séparées qui l'accompagnent).

86. La Cour réitère ses constats ci-dessus : il n'existe à ce jour aucune norme commune précise au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe sur l'âge de la responsabilité pénale et l'imputation de la responsabilité pénale au requérant n'emporte pas en soi violation de l'article 3 de la Convention (paragraphe 74). De même, on ne saurait affirmer que le procès d'un enfant sous le coup d'une accusation pénale, même s'il n'est âgé que de onze ans, constitue en soi une violation du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1. Toutefois, la Cour estime avec la Commission qu'il est essentiel de traiter un enfant accusé d'une infraction d'une manière qui tienne pleinement compte de son âge, de sa maturité et de ses capacités sur le plan intellectuel et émotionnel, et de prendre des mesures de nature à favoriser sa compréhension de la procédure et sa participation à celle-ci.

87. Par conséquent, s'agissant d'un jeune enfant accusé d'une infraction grave qui a un retentissement considérable auprès des médias et du public, la Cour estime qu'il faudrait conduire le procès de manière à réduire autant que possible l'intimidation et l'inhibition de l'intéressé. A cet égard, il échet de noter qu'en Angleterre et au pays de Galles, les enfants inculpés d'infractions moins graves sont jugés par des juridictions spéciales pour mineurs, dont l'accès est interdit au public et où des restrictions sont systématiquement imposées à la couverture médiatique (paragraphe 30 et 31 ci-dessus). En outre, la Cour a déjà constaté l'existence, au niveau international, d'une tendance à la protection de la vie privée des enfants impliqués dans une procédure

judiciaire (paragraphe 77 ci-dessus). Elle a examiné de près l'argument du Gouvernement selon lequel les procès publics servent l'intérêt général à ce que l'administration de la justice soit transparente (paragraphe 83 ci-dessus). Elle relève que, si l'âge et d'autres particularités de l'enfant ainsi que les circonstances du procès pénal le permettent, une procédure aménagée prévoyant une sélection de l'assistance et un compte rendu judiciaire pourrait répondre à cet intérêt général.

88. La Cour relève que le procès du requérant s'est déroulé sur trois semaines en public devant la *Crown Court*. Des mesures spéciales furent prises eu égard au jeune âge de V. et pour aider celui-ci à comprendre la procédure ; par exemple, il a bénéficié d'explications et a visité la salle d'audience au préalable, et les audiences ont été écourtées pour ne pas fatiguer excessivement les accusés. Toutefois, le formalisme et le rituel de la *Crown Court* ont dû par moment être incompréhensibles et intimidants pour un enfant de onze ans, et divers éléments montrent que certains des aménagements de la salle d'audience, en particulier la surélévation du banc qui devait permettre aux accusés de voir ce qui se passait, ont eu pour effet d'accroître le malaise du requérant durant le procès car il s'est senti exposé aux regards scrutateurs de la presse et de l'assistance. Le procès a suscité un très vif intérêt auprès des médias et du public, à la fois dans la salle d'audience et en dehors, si bien que le juge, dans son résumé, a évoqué les problèmes créés par la publicité qui avait entouré la comparution des témoins et a demandé aux jurés d'en tenir compte dans l'appréciation des dépositions de ces personnes (paragraphe 14 ci-dessus).

89. De nombreux rapports de psychiatres traitent de la capacité du requérant à participer à la procédure. Ainsi, le docteur Susan Bailey a déclaré à la barre en novembre 1993 qu'à chacune de ses rencontres avec V. avant le procès, l'intéressé avait été inconsolable et incapable de dire quoi que ce fût d'utile au sujet des circonstances du crime (paragraphe 12 ci-dessus). De même, dans son rapport de septembre 1993, le docteur Bentovim précisa que le requérant souffrait de troubles psychiques post-traumatiques et qu'il lui était très difficile et pénible de penser aux événements en question ou d'en parler, d'où l'impossibilité d'établir de nombreux aspects (paragraphe 11 ci-dessus). Après le procès, en janvier 1995, le requérant déclara au docteur Bentovim qu'il avait été terrorisé par les regards qui se portaient sur lui au tribunal et qu'il s'était souvent inquiété de savoir ce que l'on pensait de lui. Il n'avait pas pu se concentrer sur la procédure et avait passé son temps à compter dans sa tête ou à faire des figures avec ses pieds. De l'avis du docteur Bentovim, il était « très douteux » que V., vu son immaturité, comprît la situation ou fût apte à donner des instructions éclairées à ses avocats (paragraphe 17 ci-dessus). Le rapport établi par le

docteur Bailey en novembre 1997 décrit également les tentatives du requérant pour distraire son attention durant le procès, son incapacité de suivre ce qui se disait dans le prétoire et la détresse engendrée par la publicité des débats (paragraphe 18 ci-dessus).

90. Dès lors, la Cour estime qu'aux fins de l'article 6 § 1, il ne suffisait pas que le requérant fût représenté par des avocats compétents et expérimentés. La présente affaire se distingue de l'affaire Stanford précitée (au paragraphe 82), dans laquelle la Cour n'a constaté aucune violation du fait que l'accusé n'avait pas pu ouïr certaines dépositions au procès étant donné que le conseil de l'intéressé, qui avait pu suivre l'ensemble des débats et prendre à tout moment les instructions de son client, avait choisi pour des raisons tactiques de ne pas demander qu'il fût placé plus près des témoins. En l'espèce, bien que les avocats fussent, comme le précise le Gouvernement, « assez près du requérant pour pouvoir communiquer avec lui en chuchotant », il est très peu probable que celui-ci se fût senti assez à l'aise, dans une salle où l'ambiance était tendue et où il était exposé aux regards scrutateurs de l'assistance, pour conférer avec ses conseils durant le procès, voire qu'il fût capable de coopérer avec eux hors du prétoire et de leur fournir des informations pour sa défense, vu son immaturité et le fait qu'il était bouleversé.

91. En conclusion, la Cour estime que le requérant n'a pas pu participer réellement à la procédure pénale diligentée à son encontre et a donc été privé d'un procès équitable, en violation de l'article 6 § 1.»

## SEZIONE II

### IL DIRITTO ALLA LIBERTÀ E ALLA SICUREZZA

#### Art. 5 CEDU - Diritto alla libertà e alla sicurezza

1. Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge:

- a) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente;
- b) se si trova in regolare stato di detenzione per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge;
- c) se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso;
- d) se si tratta della detenzione regolare di un minore decisa allo scopo di sorvegliare la sua educazione oppure della sua detenzione regolare al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente;
- e) se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo;
- f) se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione.

2. Ogni persona arrestata deve essere informata, al più presto e in una lingua a lei comprensibile, dei motivi dell'arresto e di ogni accusa formulata a suo carico.

3. Ogni persona arrestata o detenuta, conformemente alle condizioni previste dal paragrafo 1.c del presente articolo, deve essere tradotta al più presto dinanzi ad un giudice o ad un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere messa in libertà durante la procedura. La scarcerazione può essere subordinata a garanzie che assicurino la comparizione dell'interessato all'udienza.

4. Ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso ad un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla

legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima.

5. Ogni persona vittima di arresto o di detenzione in violazione di una delle disposizioni del presente articolo ha diritto ad una riparazione.

## PREMESSA

L'articolo 5 CEDU garantisce il diritto alla libertà e alla sicurezza, e corrisponde all'art. 13 della Costituzione che garantisce la libertà personale. Esso dunque, per un verso, non trova applicazione nell'intero ambito del diritto penale, ma solo là dove siano in gioco pene detentive o misure restrittive della libertà personale, dall'altro lato si applica anche al di là della materia penale in senso stretto, tutte le volte che le leggi nazionali prevedono misure restrittive della libertà personale al di fuori di tale ambito penale (ad es. nei confronti dei malati di mente pericolosi per sé e per gli altri: art. 5 § 1, lettera e).

Si dà conto qui di seguito, pertanto, solo di alcuni dei più significativi indirizzi giurisprudenziali della Corte europea sull'art. 5, relativi ad aspetti generali o a questioni più strettamente connesse alla disciplina penalistica.

### **1. Definizione della detenzione e delle altre misure restrittive della libertà in rapporto a misure incidenti su altri diritti**

La Corte europea si è pronunciata sugli elementi che configurano la “privazione della libertà” di cui all'art. 5 § 1 CEDU in rapporto a restrizioni diverse che non ricadono nell'ambito di tale previsione. E', in sostanza, la stessa tematica che in Italia è stata affrontata in particolare a proposito delle misure di prevenzione e dei rapporti fra libertà personale garantita dall'art. 13 Cost. e libertà di circolazione garantita dall'art. 16 Cost.

Così la Corte, in un caso concernente l'Italia, ha ritenuto violato il diritto alla libertà nella situazione di un soggetto colpito dalla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno in un Comune, in ragione delle severe limitazioni cui era risultata sottoposta, in concreto, la vita dell'interessato a seguito dell'applicazione di tale misura nell'isola dell'Asinara.

Secondo la Corte, l'art. 5 § 1 della Convenzione, proclamando il «diritto alla libertà», si riferisce alla **libertà fisica della persona**, ed è inteso a garantire contro la privazione arbitraria di essa; non riguarda dunque la semplice libertà di circolare (oggetto dell'art. 2 Protocollo 4). Per stabilire se un individuo è «privato della libertà» occorre partire dalla sua situazione concreta e tener conto di un insieme di criteri come il tipo, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della misura considerata. **Fra privazione e restrizione di libertà c'è soltanto una differenza di grado o di intensità, non di natura o di essenza.** La classificazione in una o nell'altra di queste due categorie si rivela talora difficile, perché in certi casi marginali si tratta di pura questione di apprezzamento, ma la Corte non può comunque eludere la scelta, da cui dipende l'applicabilità o meno dell'art. 5 (*Guzzardi c. Italia*, §§ 92-93).

## 2. Principi di legalità e di proporzionalità in tema di detenzione

L'art. 5 CEDU vieta l'arresto e la detenzione "illegali". Il fondamento legale e il carattere della misura sono naturalmente correlati alle diverse ipotesi in cui ai sensi dell'art. 5 è possibile per l'autorità applicare la misura stessa e alle rispettive finalità (detenzione in esecuzione di condanna, detenzione cautelare preventiva, restrizioni di libertà di persone minori o malate di mente, restrizioni in vista dell'espulsione dal territorio nazionale, ecc.).

È consolidata nella giurisprudenza della Corte relativa all'articolo 5 § 1 l'affermazione secondo cui ogni privazione di libertà deve non solo essere riconducibile ad una delle eccezioni previste dalle lettere da a) a f), ma deve altresì essere "legale" (*régulière*).

In tema di "legalità" di una detenzione, compresa l'osservanza delle "vie legali", la Convenzione rinvia per l'essenziale alla legislazione nazionale e consacra l'obbligo di osservarne le norme di sostanza come di procedura. Tuttavia, il rispetto del diritto nazionale non è sufficiente: l'articolo 5 § 1 esige inoltre la conformità di ogni privazione della libertà al fine consistente nel proteggere l'individuo contro l'arbitrio.

È un principio fondamentale quello secondo cui nessuna detenzione arbitraria può essere compatibile con l'articolo 5 § 1, e **la nozione di "arbitrario" che contiene l'articolo 5 § 1 va al di là della non conformità al diritto nazionale**, così che una privazione di libertà può essere "regolare" secondo la legislazione interna pur essendo arbitraria e dunque contraria alla Convenzione.

Inoltre la nozione di arbitrarietà nel contesto dell'articolo 5 varia in una certa misura secondo il tipo di detenzione in questione.

Una detenzione è "arbitraria" allorché, anche se essa è perfettamente conforme alla legislazione nazionale, vi è stato un elemento di malafede o di inganno da parte delle autorità. La condizione di assenza di arbitrarietà esige d'altronde che non soltanto l'ordine di arresto ma anche l'esecuzione di tale ordine siano veramente coerenti con lo scopo delle restrizioni autorizzate dalla pertinente disposizione dell'articolo 5 § 1. Inoltre, deve esistere un certo legame fra il motivo invocato per giustificare la privazione di libertà autorizzata e il luogo e il regime di detenzione.

La nozione di arbitrarietà nei contesti rispettivi delle lettere b), d) ed e) implica che si esamini se la detenzione era necessaria per raggiungere lo scopo dichiarato. La privazione della libertà è una misura così grave che essa non si giustifica se non come **ultima istanza**, quando altre misure meno severe sono state considerate e giudicate insufficienti per salvaguardare l'interesse personale o pubblico che esige la detenzione. Inoltre il principio di proporzionalità esige che allorché la detenzione è diretta a garantire l'osservanza di un obbligo previsto dalla legge, si realizzi **un equilibrio fra la necessità, in una società democratica, di garantire l'esecuzione immediata**

**dell'obbligo di cui si tratta, e l'importanza del diritto alla libertà.** La durata della detenzione è un elemento che interviene nella ricerca di tale equilibrio.

La Corte ha un approccio differente al principio che esclude ogni arbitrarietà nei casi di detenzione fondati sull'articolo 5 §1 lettera a), dove, in assenza di malafede o di inganno, quando la detenzione risulta da una condanna legale o presenta con essa un legame di causalità sufficiente, la decisione di infliggere una pena detentiva e la durata di detta pena sono questioni che riguardano le autorità nazionali e non la Corte con riferimento all'articolo 5 § 1 (*Saadi c. Regno Unito*, §§ 15-19).

### **3. Detenzione in esecuzione di condanna: art. 5 § 1 (a)**

Nel caso di detenzione in esecuzione di condanna, diventa determinante la conformità della detenzione effettivamente subita dall'interessato alle condizioni legali risultanti dalle pronunce dei giudici interni.

Così, in una controversia riguardante l'Italia, la Corte è pervenuta a ritenere violato l'art. 5 nel caso di un soggetto che aveva scontato un periodo di detenzione in esecuzione di condanna più lungo di quello che era risultato dovuto, a seguito della tardiva applicazione (peraltro vincolata dalla legge) di una misura di indulto, in relazione ad una pena complessiva conseguente all'applicazione, in sede di esecuzione, della continuazione fra due reati per i quali l'interessato aveva subito distinte condanne.

La Corte ricorda che lo scopo della Convenzione consiste nel proteggere dei diritti non teorici o illusori, ma concreti ed effettivi. D'altronde l'elenco delle eccezioni al diritto alla libertà che figura nell'articolo 5 § 1 ha carattere esaustivo e solo una interpretazione restrittiva è coerente con lo scopo di questa disposizione, di assicurare che nessuno sia privato arbitrariamente della libertà. Nella specie, la decisione giudiziaria definitiva concernente la domanda di riduzione della pena del ricorrente è intervenuta ad uno stadio troppo avanzato, cioè dopo la sua liberazione e quando l'interessato aveva espiato già una pena superiore a quella che sarebbe risultata dall'applicazione del beneficio sollecitato. Di conseguenza il ricorrente ha trascorso un periodo di detenzione superiore a quello corrispondente alla sanzione che avrebbe dovuto subire secondo il diritto nazionale e tenuto conto dei benefici ai quali aveva diritto. Il "di più" di detenzione non può pertanto definirsi come una detenzione legale nel senso della Convenzione (*Pilla c. Italia*, §§ 20-22).

### **4. Limiti della detenzione preventiva: art. 5 § 1 (c)**

Sulla detenzione preventiva, riguardo alla quale l'art. 5 § 1, lettera c, prevede requisiti analoghi a quelli risultanti dalla nostra legislazione, anche se in parte meno stringenti (ragionevole sospetto di avere commesso un reato o necessità considerata

ragionevole di prevenire la commissione di un reato ovvero di prevenire la fuga dopo la commissione del reato), la Corte ha adottato decisioni di violazione o non violazione **in stretto rapporto con le circostanze concrete dei casi.**

La Corte sottolinea che la **“plausibilità” dei sospetti** sui quali deve fondarsi l’arresto costituisce un elemento essenziale della protezione offerta dall’articolo 5 § 1 lettera c) della Convenzione. L’esistenza di sospetti plausibili presuppone quella di fatti o di informazioni idonei a persuadere un osservatore oggettivo che l’individuo in questione possa avere commesso l’infrazione. Ciò che può essere ritenuto plausibile dipende tuttavia dall’insieme delle circostanze.

A questo riguardo, la **criminalità terroristica** pone dei problemi particolari, poiché la polizia può essere chiamata, nell’interesse della sicurezza pubblica, ad arrestare un presunto terrorista sulla base di dati attendibili ma che non si possono rivelare al sospettato o produrre in giudizio senza mettere in pericolo la fonte. Tuttavia, se non si può esigere dagli Stati membri che essi stabiliscano la plausibilità dei sospetti che giustificano l’arresto di un presunto terrorista divulgando delle informazioni giunte da fonti confidenziali, la Corte ha giudicato che la necessità di combattere la criminalità terroristica non può giustificare l’estensione della nozione di “plausibilità” fino ad attentare alla sostanza della garanzia assicurata dall’articolo 5 § 1 lettera c) della Convenzione. Anche in tali circostanze, il Governo dello Stato convenuto deve fornire almeno certi fatti o informazioni idonei a convincere la Corte che esistevano dei motivi plausibili per sospettare la persona arrestata di avere commesso l’infrazione di cui la si accusa. La lettera c) dell’articolo 5 § 1 non presuppone che la polizia abbia raccolto delle prove sufficienti a sorreggere le accuse al momento dell’arresto. L’obiettivo di un interrogatorio durante la detenzione preventiva è quello di completare l’inchiesta penale confermando o scartando i sospetti concreti che fondano l’arresto. Così, i fatti che danno luogo a dei sospetti non devono essere del medesimo livello di quelli necessari per giustificare una condanna o anche per contestare un’accusa, ciò che interviene in una fase successiva dell’inchiesta (*O’Hara contro Regno Unito*, §§ 34-36).

Non si deve certo, secondo la Corte, applicare l’articolo 5 § 1 lettera c) in modo tale da causare alle autorità di polizia degli Stati membri delle difficoltà eccessive nel combattere con misure adeguate il terrorismo organizzato. Pertanto, non si può richiedere a questi Stati di stabilire la plausibilità dei sospetti che giustificano l’arresto di un presunto terrorista rivelando le fonti confidenziali delle informazioni raccolte in proposito, o anche dei fatti che possono aiutare a trovarle o a identificarle.

La Corte deve tuttavia poter determinare se la sostanza della garanzia offerta dall’articolo 5 § 1 lettera c) è rimasta intatta. Pertanto incombe al Governo dello Stato convenuto l’onere di fornire ad essa almeno certi fatti o informazioni idonei a convincerla che esistevano dei motivi plausibili per sospettare la persona arrestata di aver commesso l’infrazione di cui la si accusa. Così, in assenza di elementi atti a sorreggere i sospetti contro gli interessati, diversi da condanne precedenti loro inflitte per atti di terrorismo commessi sette anni prima, la Corte ha ritenuto non integrate le condizioni minime dell’articolo 5 §1 lettera c) quanto a plausibilità dei sospetti che

giustificano l'arresto di un individuo (*Fox, Campbell e Hartley contro Regno Unito*, §§ 31-35).

## **5. Il diritto ad essere informato sui motivi dell'arresto: art. 5 § 2**

Il diritto, sancito dall'art. 5 § 2 CEDU, di essere informato "prontamente" delle ragioni dell'arresto e delle accuse, si ricollega evidentemente alle analoghe garanzie recate dall'art. 6 § 3, lettera a), sul diritto di colui che viene incriminato a conoscere le accuse.

Il § 2 dell'articolo 5 enuncia una garanzia elementare: ogni persona arrestata deve sapere perché lo è stata. Integrato nel sistema di protezione che offre l'articolo 5, esso obbliga a segnalare a tale persona, con un linguaggio semplice ad essa accessibile, le ragioni giuridiche e di fatto della privazione della sua libertà, affinché essa possa contestarne la legalità davanti ad un tribunale ai sensi del § 4. Essa deve ottenere queste informazioni "nel più breve termine" (*dans le plus court délai*; in inglese: "promptly"), anche se l'operatore di polizia che la arresta non può fornire interamente queste informazioni al momento dell'arresto. Per stabilire se essa le abbia ricevute a sufficienza e abbastanza presto, occorre aver riguardo alle particolarità della specie (*Fox, Campbell e Hartley c. Regno Unito*, § 40)

## **6. Il diritto dell'arrestato di essere portato davanti ad un giudice: art. 5 § 3**

La Corte ha elaborato ampiamente i principi che riguardano le garanzie procedurali di fronte alle misure detentive.

La Corte include l'articolo 5 tra le principali disposizioni di garanzia dei diritti fondamentali che proteggono la sicurezza fisica delle persone, e afferma che esso, in quanto tale, riveste un'importanza primaria. Esso ha essenzialmente per scopo proteggere l'individuo contro una privazione arbitraria o ingiustificata della libertà.

**Tre grandi principi** in particolare risultano dalla giurisprudenza della Corte: le eccezioni, il cui elenco è esaustivo, richiedono una **interpretazione restrittiva** e non si prestano all'importante serie di giustificazioni previste da altre disposizioni (in particolare gli articoli 8 e 11 della Convenzione); la legalità della detenzione, su cui è posto l'accento ripetutamente dal punto di vista sia della procedura che della sostanza, e che implica una aderenza scrupolosa alla **preminenza del diritto**; e l'importanza della rapidità o della **celerità dei controlli giurisdizionali** richiesti (in forza dell'articolo 5 §§ 3 e 4).

L'articolo 5 § 3, in quanto si iscrive in questo quadro di garanzie, concerne **due aspetti distinti**: il periodo immediatamente susseguente all'arresto, in cui una persona

si trova nelle mani delle autorità, e il periodo che precede l'eventuale processo davanti ad una giurisdizione penale, durante il quale il sospettato può essere detenuto o liberato, con o senza condizioni

Riguardo alla **fase iniziale della detenzione**, la giurisprudenza della Corte stabilisce che occorre proteggere con un controllo giurisdizionale la persona arrestata o detenuta perché sospettata di avere commesso una infrazione. Tale controllo deve fornire delle **garanzie effettive contro il rischio di maltrattamenti**, che è massimo durante questa fase iniziale della detenzione, e contro un abuso dei loro poteri, da parte degli agenti della forza pubblica o di un'altra autorità.

Il controllo giurisdizionale deve rispondere ad esigenze di:

- i) **Prontezza.** Il controllo giurisdizionale al momento della prima comparizione della persona arrestata deve anzitutto essere sollecito perché deve permettere di svelare ogni maltrattamento e di ridurre al minimo ogni attentato ingiustificato alla libertà individuale. Lo stretto limite di tempo imposto da questa esigenza non lascia alcun margine di flessibilità nell'interpretazione;
- ii) **Carattere automatico del controllo.** Il controllo non può dipendere da una domanda della persona detenuta. A questo riguardo, la garanzia offerta è distinta da quella prevista dall'articolo 5 § 4 che dà alla persona detenuta il diritto di chiedere la sua liberazione. Il carattere automatico del controllo è necessario, dato che una persona sottoposta a maltrattamenti potrebbe trovarsi nell'impossibilità di adire il giudice con una richiesta di controllare la legalità della sua detenzione; lo stesso potrebbe accadere per altre categorie vulnerabili di persone arrestate, come quelle affette da malattia mentale o quelle che non parlano la lingua del magistrato.
- iii) **Requisiti e poteri del magistrato.** Il magistrato deve presentare le richieste garanzie di indipendenza dall'esecutivo e dalle parti, e deve avere il potere di ordinare la liberazione, dopo aver sentito la persona e controllato la legalità e la giustificazione dell'arresto e della detenzione. Sotto il profilo procedurale, il magistrato deve sentire personalmente l'individuo tradotto innanzi a lui; sotto il profilo sostanziale, egli deve esaminare le circostanze che militano a favore o contro la detenzione, pronunciarsi secondo criteri giuridici sull'esistenza di ragioni che la giustificano e, in loro assenza, di ordinare la liberazione.

La Corte non ha ritenuto che il controllo in questa fase debba sistematicamente comprendere anche la questione della libertà provvisoria, accompagnata o meno da condizioni, durante la procedura, per ragioni diverse da quelle che attengono alla legalità della detenzione o all'esistenza di motivi plausibili di sospetto che l'interessato abbia commesso una infrazione..

Il controllo automatico iniziale che verte sull'arresto e la detenzione deve permettere di esaminare le questioni di legalità e quella di sapere se esistono ragioni plausibili per sospettare che la persona arrestata abbia commesso una infrazione, cioè se la detenzione si trovi compresa fra le eccezioni enumerate nell'articolo 5 § 1 lettera c).

Se non è così, o se la detenzione è illegale, il magistrato deve avere il potere di ordinare la liberazione.

Per quanto riguarda il **successivo periodo di detenzione provvisoria**, la Corte sottolinea che esiste una **presunzione in favore della liberazione**. Fino alla condanna, la persona accusata deve essere reputata innocente e la disposizione analizzata ha essenzialmente per obiettivo di imporre la messa in libertà provvisoria dal momento in cui la detenzione cessa di essere ragionevole.

La prosecuzione della detenzione non si giustifica dunque in un caso concreto a meno che degli indici concreti rivelino una vera esigenza di interesse pubblico prevalente, nonostante la presunzione di innocenza, sulla regola del rispetto della libertà individuale. Incombe in primo luogo alle autorità giudiziarie l'onere di vegliare affinché in un caso concreto la detenzione provvisoria subita da un accusato non ecceda una **durata ragionevole**. A questo fine, esse devono, tenendo debitamente conto della presunzione di innocenza, esaminare tutte le circostanze idonee a manifestare o a escludere l'esistenza di detta esigenza di interesse pubblico che giustifichi una deroga alla regola fissata dall'articolo 5 e darne conto nelle loro decisioni relative alle domande di liberazione.

La permanenza di ragioni plausibili per sospettare la persona arrestata di avere commesso una infrazione è una condizione *sine qua non* di legalità del mantenimento in detenzione, ma al termine di un certo lasso di tempo essa non basta più, dovendosi allora stabilire se gli altri motivi adottati dalle autorità giudiziarie continuino a legittimare la privazione della libertà. Quando essi si rivelano "pertinenti" e "sufficienti", la Corte esamina inoltre se le autorità nazionali competenti hanno adottato una "diligenza particolare" nel seguito della procedura. In sintesi, le giurisdizioni interne devono esercitare un controllo sul mantenimento in detenzione provvisoria di una persona al fine di garantire la sua liberazione quando le circostanze non giustificano più la privazione della libertà. Posto che **il carattere ragionevole di un periodo di detenzione non può essere apprezzato in astratto, ma deve essere verificato in ciascun caso in funzione delle particolarità del caso**, non esiste alcun periodo fisso applicabile ad ogni caso.

Deve dunque essere possibile far esaminare da un giudice la questione di una liberazione durante la procedura. Non vi è alcuna esigenza espressa di "celerità" come nel primo periodo del § 3 dell'articolo 5, e tuttavia un tale esame, richiesto dal ricorrente o effettuato per iniziativa del giudice, deve intervenire rapidamente perché ogni privazione di libertà ingiustificata sia ridotta al minimo accettabile.

È auspicabile, secondo la Corte, che il magistrato il quale procede al primo controllo automatico della legalità della privazione di libertà e dell'esistenza di un motivo di detenzione abbia anche la competenza per esaminare la questione di una messa in libertà provvisoria. Tuttavia, questa non è una esigenza posta dalla Convenzione e non vi è alcuna ragione di principio perché tali questioni non possano essere esaminate da diversi magistrati, entro il lasso di tempo richiesto (*Mc Kay c. Regno Unito*, §§ 29-46).

In *Brogan contro Regno Unito* (§§ 55-62), la Corte applica i medesimi principi, facendosi carico delle ragioni che possono indurre, nell'ambito della lotta al terrorismo, a differire brevemente l'intervento del giudice, che tuttavia deve comunque avvenire "prontamente": nella specie è stato ritenuto lesivo della Convenzione anche un periodo di detenzione senza controllo giudiziario di quattro giorni e sei ore.

## **7. Il diritto al ricorso contro le misure di arresto: art. 5 § 4**

L'art. 5 § 4 CEDU attribuisce ad ogni persona arrestata o detenuta il diritto di ricorrere a un giudice per fare verificare la legalità della detenzione. La relativa procedura non deve necessariamente essere assistita da garanzie identiche a quelle sancite dall'art. 6 CEDU per il processo: tuttavia deve avere carattere giurisdizionale e offrire garanzie adatte alla natura della misura di privazione della libertà in questione. Così deve trattarsi di una procedura in contraddittorio e deve essere assicurata la parità delle armi.

Inoltre, deve essere possibile introdurre il procedimento durante la detenzione preventiva, a intervalli ragionevoli, per far verificare la legalità della prosecuzione della detenzione.

Tuttavia non deve essere necessariamente garantita la pubblicità dell'udienza alla stregua di quanto è prescritto dall'art. 6 § 1 per il processo (*Reinprecht contro Austria*, §§ 31-41).

Nel caso di pena detentiva di durata determinata derivante da una pronuncia di un giudice nazionale, il controllo richiesto dall'articolo 5 § 4 si trova incorporato nella pronuncia di condanna. Tuttavia, questo non è il caso quando si abbia una ipotesi di detenzione ulteriore a proposito della quale sorgano nuove questioni di legalità: così per misure detentive applicate in vista della pericolosità dell'interessato, una volta espiata la pena minima prevista. In questo caso l'interessato deve poter fare esaminare periodicamente, ai sensi dell'articolo 5 § 4, la legalità del mantenimento in detenzione, poiché la pericolosità è un fattore suscettibile di evolversi nel tempo (*V. contro Regno Unito*, §119).

## SEZIONE III

### LE GARANZIE DEL PROTOCOLLO N. 7

#### 1. Il diritto ad un doppio grado di giudizio: art. 2 Prot. 7

##### Art. 2 Prot. n. 7 – Diritto a un doppio grado di giudizio in materia penale

1. Ogni persona dichiarata colpevole da un tribunale ha il diritto di far esaminare la dichiarazione di colpevolezza o la condanna da una giurisdizione superiore. L'esercizio di tale diritto, ivi compresi i motivi per cui esso può essere esercitato, è disciplinato dalla legge.

2. Tale diritto può essere oggetto di eccezioni per reati minori, quali sono definiti dalla legge, o quando l'interessato è stato giudicato in prima istanza da un tribunale della giurisdizione più elevata o è stato dichiarato colpevole e condannato a seguito di un ricorso avverso il suo proscioglimento.

La Corte ha chiarito che gli Stati contraenti godono di un ampio margine di apprezzamento con riguardo alla determinazione di come assicurare che il diritto garantito dall'articolo in esame venga esercitato. In taluni paesi, un imputato che desidera presentare ricorso può qualche volta essere tenuto ad ottenere un'autorizzazione. Tuttavia, secondo la giurisprudenza europea, qualunque restrizione contenuta nella legislazione nazionale al "diritto di revisione" deve, analogamente al diritto di accesso al giudice garantito dall'art. 6 § 1, perseguire uno scopo legittimo e non toccare il nucleo essenziale di quel diritto (*Krombach*, § 96; *Gurepka*, § 59).

Nel caso *Galstyan c. Armenia* (§§ 124-127) la Corte ha concluso nel senso della violazione della disposizione in esame:

«124. The Court first notes that the applicant was convicted under the CAO, which prescribes penalties for offences that do not fall within the criminal sphere in the domestic law. This may raise a question as to whether or not the offence of which the applicant was convicted was of a minor character within the meaning of Article 2 § 2 of Protocol No. 7 and the exception contained in that provision should apply. The Court recalls that the Commission has previously found an offence, such as an "offence against the order in court", for which a maximum penalty of 10,000 Austrian shillings or, if indispensable for maintaining the order, imprisonment for a period not exceeding eight days was prescribed by the Austrian Code of Criminal Procedure, to be of a "minor character" (see *Putz v. Austria*, no. 18892/91, Commission decision of 3

December 1993, DR 76-A, p. 51). In the present case, the applicant was sentenced to three days of detention. However, Article 172 of the CAO, under which this sentence was imposed, prescribed up to 15 days of detention as a maximum penalty. The Court considers that a penalty of 15 days of imprisonment is sufficiently severe not to be regarded as being of a “minor character” within the meaning of Article 2 § 2 of Protocol No. 7.

...

126. The Court is mindful of its finding above that the review procedure prescribed by Article 294 of the CAO does not provide an individual with a clear and accessible right to appeal (see paragraphs 40-42 above). This Article prescribes a power of review by the chairman of a superior court – whether or not upon the individual's request – which, moreover, lacks any clearly defined procedure or time-limits and consistent application in practice. In the Court's opinion, such a review possibility cannot be compatible with Article 2 of Protocol No. 7. It follows that the applicant did not have at his disposal an appeal procedure which would satisfy the requirements of this Article.

127. Accordingly, there has been a violation of this provision.»

## **2. Il diritto al risarcimento in caso di errore giudiziario: art. 3 Prot. 7**

### **Art. 3 Prot. n. 7 – Diritto al risarcimento in caso di errore giudiziario**

1. Qualora una condanna penale definitiva sia successivamente annullata o qualora la grazia sia concessa perché un fatto sopravvenuto o nuove rivelazioni comprovano che vi è stato un errore giudiziario, la persona che ha scontato una pena in seguito a tale condanna sarà risarcita, conformemente alla legge o agli usi in vigore nello Stato interessato, a meno che non sia provato che la mancata rivelazione in tempo utile del fatto non conosciuto le sia interamente o parzialmente imputabile.

Il Rapporto esplicativo dell'art. 3 del Protocollo N. 7 chiarisce che esso trova applicazione solo nel caso in cui la condanna di una persona sia annullata sulla base di un fatto nuovo o recentemente scoperto che dimostri che vi è stato un errore giudiziario determinato da gravi mancanze nel procedimento giudiziario che hanno provocato un grave pregiudizio al condannato. Pertanto, non vi è alcun titolo per ottenere il risarcimento se la condanna è stata annullata o la grazia è stata concessa per altri motivi. L'articolo non dispone alcunché circa le norme e la natura del procedimento da applicare per accertare un errore giudiziario.

Nel caso *Matveyev c. Russia* (§§ 37-45):

«40. As regards the facts of the present case, the applicant was convicted by a final decision of 25 September 1981 and sentenced to two years' imprisonment, which he subsequently served. His conviction was quashed under the supervisory review procedure on 6 October 1999 by the Presidium of the Arkhangelsk Regional Court. Having regard to the Explanatory Report to Article 3 of Protocol No. 7, the Court points out that it is immaterial which procedure was applied by the domestic courts for the purpose of reversing the judgment.

41. The Court further notes that the parties disagreed as to whether the applicant's conviction was reversed on the ground of "a new or newly discovered fact". The applicant argued that Price List no. 125 "Postal Rates and Services", which constituted the basis of the quashing of his conviction by the Presidium of the Arkhangelsk Regional Court on 6 October 1999, had not been available at the time of his conviction either to the parties or to the courts. The Government disagreed and averred that not only had the Price List been available, but it had been expressly referred to in the judgment of the Lomonosovskiy District Court of 11 August 1981.

42. The Court observes that Price List no. 125 "Postal Rates and Services" was referred to by the applicant himself in the proceedings before the Lomonosovskiy District Court. The applicant argued that he could not have used the postal stamp because according to the Price List it had become invalid. The District Court dismissed the applicant's argument, having found that at the time of the theft the applicant had not been aware of the Price List and had had the intent to use the postal stamp unlawfully. It follows that at the time of the proceedings both the District Court and the applicant were aware of the contents of the Price List.

43. The Court further notes that on 6 October 1999 the Presidium of the Arkhangelsk Regional Court quashed the applicant's conviction on the ground that according to the Price List the postal stamp had no longer been valid at the material time and could not have been used to obtain profit unlawfully. Accordingly, the conviction was not quashed with regard to "a new or newly discovered fact", but due to reassessment by the Presidium of the evidence that had been used in the criminal proceedings against the applicant.

44. Having regard to the foregoing and to the Explanatory Report to Article 3 of Protocol No. 7, the Court considers that the conditions of applicability of Article 3 of Protocol No. 7 have not been complied with. It observes that the complaint does not give rise to issues under any other provision of the Convention or Protocols thereto.

45. It follows that the application is incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3.»

### **3. Il *ne bis in idem*: art. 4 Prot. 7**

#### **Art. 4 Prot. n. 7 – Diritto di non essere giudicato o punito due volte**

1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato.

2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta.

3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione.

La giurisprudenza europea ha inteso la garanzia nel senso che è vietato instaurare un nuovo e distinto procedimento penale (nel senso della Convenzione) per un determinato fatto illecito quando un altro procedimento per il medesimo fatto si è concluso con una sentenza definitiva. Nella sentenza *Sergey Zolotukhin c. Russia* (§§ 70-121) la Corte, dopo aver richiamato gli orientamenti precedentemente seguiti, li corregge e li precisa. In precedenza erano stati seguiti tre approcci differenti. Il primo era fondato sul concetto del “medesimo comportamento” del ricorrente, indipendentemente dalla qualificazione giuridica ad esso attribuita (*Gallinger*, § 55). Il secondo approccio, partendo sempre dall'ipotesi che il comportamento perseguito fosse lo stesso, ammetteva che esso potesse essere costitutivo di diverse infrazioni giudicabili in distinti procedimenti, anche da parte di distinte autorità (concorso ideale di infrazioni) (*Oliveira*, §§ 25-29; *Göktan*, §50). Il terzo approccio metteva l'accento sulla identità degli «elementi essenziali» delle due infrazioni (ad es. *Franz Fischer c. Austria* ; *W.F c. Austria*; *Sailer contro Austria*).

Nella citata sentenza *Zolotukhin contro Russia* si osserva che la diversità degli approcci adottati per verificare se l'infrazione per la quale un ricorrente è stato perseguito era in fatto la medesima per la quale egli era già stato assolto o condannato con un giudizio definitivo è fonte di una insicurezza giuridica incompatibile con il diritto fondamentale a non essere perseguito

due volte per la medesima infrazione. In questo contesto la Corte procede ad armonizzare l'interpretazione della nozione di "medesima infrazione" - cioè dell'elemento *idem* del principio *ne bis in idem* - ai fini dell'art. 4 Protocollo n. 7. Pur rilevando che è nell'interesse della sicurezza giuridica, della prevedibilità e dell'eguaglianza davanti alla legge che la Corte non si discosti senza validi motivi dai suoi precedenti, tuttavia osserva che, se non mantenesse un approccio dinamico ed evolutivo, questo atteggiamento rischierebbe di ostacolare ogni riforma o miglioramento.

La Corte evoca gli altri strumenti internazionali in cui si consacra il principio *ne bis in idem* (art. 14 § 7 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici; art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; Convenzione americana dei diritti dell'uomo; Accordo di Schengen; Statuto della Corte penale internazionale) e ricorda che la Corte di Giustizia delle Comunità europee e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo hanno dato importanza alla differenza fra la formula "stessi fatti" e la formula "stessa infrazione", quando hanno deciso di adottare l'approccio fondato strettamente sull'identità dei fatti materiali e di non ritenere pertinente il criterio della qualificazione giuridica dei fatti, sottolineando che tale approccio è a favore dell'autore dell'atto in questione, il quale sa che, una volta riconosciuto colpevole e scontata la pena, oppure una volta assolto, non ha più da tenere ulteriori procedimenti per i medesimi fatti.

La sentenza così prosegue (§§ 80-84):

« 80. La Cour estime que l'emploi du terme «infraction» à l'article 4 du Protocole n° 7 ne saurait justifier l'adhésion à une approche plus restrictive. Elle rappelle que la Convention doit être interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusoirs. Par ailleurs, c'est un instrument vivant qui doit être interprété à la lumière des conditions actuelles (voir, parmi d'autres, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31, série A n° 26, et *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 75, CEDH 2002-VI). Il faut lire les dispositions d'un traité international, tel que la Convention, à la lumière de leur objet et de leur but et en tenant compte du principe de l'effet utile (*Mamatkulov et Askarov c. Turquie* [GC], n°s 46827/99 et 46951/99, § 123, CEDH 2005-I).

81. En outre, l'approche qui privilégie la qualification juridique des deux infractions est trop restrictive des droits de la personne, car si la Cour s'en tient au constat que l'intéressé a été poursuivi pour des infractions ayant une qualification juridique différente, elle risque d'affaiblir la garantie consacrée par l'article 4 du Protocole n° 7 et

non de la rendre concrète et effective comme le requiert la Convention (comparer avec *Franz Fischer*, précité, § 25).

82. En conséquence, l'article 4 du Protocole n° 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde « infraction » pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes.

83. La garantie consacrée à l'article 4 du Protocole n° 7 entre en jeu lorsque de nouvelles poursuites sont engagées et que la décision antérieure d'acquiescement ou de condamnation est déjà passée en force de chose jugée. A ce stade, les éléments du dossier comprendront forcément la décision par laquelle la première « procédure pénale » s'est terminée et la liste des accusations portées contre le requérant dans la nouvelle procédure. Normalement, ces pièces renfermeront un exposé des faits concernant l'infraction pour laquelle le requérant a déjà été jugé et un autre se rapportant à la seconde infraction dont il est accusé. Ces exposés constituent un utile point de départ pour l'examen par la Cour de la question de savoir si les faits des deux procédures sont identiques ou sont en substance les mêmes. La Cour souligne que peu importe quelles parties de ces nouvelles accusations sont finalement retenues ou écartées dans la procédure ultérieure puisque l'article 4 du Protocole n° 7 énonce une garantie contre de nouvelles poursuites ou le risque de nouvelles poursuites, et non l'interdiction d'une seconde condamnation ou d'un second acquiescement (paragraphe 110 ci-dessous).

84. La Cour doit donc faire porter son examen sur ces faits qui constituent un ensemble de circonstances factuelles concrètes impliquant le même contrevenant et indissociablement liées entre elles dans le temps et l'espace, l'existence de ces circonstances devant être démontrée pour qu'une condamnation puisse être prononcée ou que des poursuites pénales puissent être engagées.

c) Application de cette approche au cas d'espèce.

Nel caso concreto, la Corte, giudicando su una fattispecie nella quale il ricorrente era stato prima condannato per l'infrazione amministrativa di “atti perturbatori minori”, e successivamente perseguito penalmente per una serie di comportamenti parte dei quali erano gli stessi che avevano dato luogo alla prima condanna, ha ritenuto violato, per questa parte, il divieto di *bis in idem*.

La Corte si è posta poi il quesito di sapere se vi sia stata ripetizione di procedimenti (l'elemento *bis nel bis in idem*). Quanto all'esistenza di una "decisione definitiva", ricorda che l'art. 4 Protocollo n. 7 ha per oggetto il divieto di ripetizione di procedure definitivamente chiuse, con pronunce passate in giudicato, anche per mancato esercizio di ricorsi previsti; non riguarda invece l'ipotesi della riapertura di un procedimento, che non è vietata, come risulta dal §2 dell'art. 4 Protocollo 7.

Si chiede, ancora, se il proscioglimento dall'accusa impedisca l'applicazione delle garanzie dell'art. 4 Protocollo n. 7. Essa ricorda che la Convenzione non riguarda solo il caso di una duplice condanna, ma anche quello di un duplice procedimento, e quindi si applica se l'individuo è stato perseguito due volte, anche se il procedimento non è sfociato in una condanna. L'art. 4 Protocollo 7 contiene tre garanzie distinte e dispone che nessuno possa essere: i) perseguito; ii) giudicato o iii) punito due volte per gli stessi fatti.

Infine la Corte esclude che l'avvenuto proscioglimento nella seconda procedura faccia venir meno la qualità di vittima nel ricorrente. Chiarisce che non vi è violazione se le autorità interne, anche in presenza di due procedimenti, riconoscano l'errore e chiudano un procedimento in applicazione del divieto di *bis in idem*.

Diversamente, se la giurisdizione interna non riconosca la violazione del *ne bis in idem*, ma pervenga ad un proscioglimento per ragioni di merito e non di procedura, la violazione sussiste.